Das Befriedigungsrecht des § 1003

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Ernst Baltzer

Referendar in **Rostock**

Rostock

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei Adlers Erben, G. m. b. H.

1927

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

I. Abschnitt: Der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Verwendungen und die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts 9

§ 1. Der Umfang der Verwendungen und die Natur des Verwendungsanspruchs 9

§ 2. Die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs . 12

I. Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 . . . 12

II. Das Befriedigungsrecht des § 1003 16

III. Das beschränkte Klagrecht der §§ 1001 und 1002 BGB. 17

§ 3. Die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts und die rechtliche Stellung des Besitzers vor Erlangung desselben 19

II. Abschnitt: Das Befriedigungsrecht des Besitzers im Besonderen 26

§ 4. Die juristische Struktur des Befriedigungsrechts . 26

A. Der gegenwärtige Stand der Wissenschaft . . 26

I. Die obligatorische Theorie 26

II. Die dingliche Theorie 28

B. Die praktischen Unterschiede beider Theorien . 31

C. Kritische Untersuchung 33

I. der obligatorischen Theorie 33

II. der dinglichen Theorie 38

D. Die eigene Stellungnahme 41

§ 5. Die Ausübung des Befriedigungsrechts 48

I. bei beweglichen Sachen, ... 49

II. bei Grundstücken 52

1. Die Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek 52

2. Die Notwendigkeit eines vollstreckbaren Titels 53

§ 6. Der Absatz 2 des § 1003 55

III. § 7. Schlußbetrachtung 60

Literaturverzeichnis.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XIV, S. 459 f., 529 f., 661 f.; 15, 30 f., 133 f.

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Das BGB., Kommentar von Reichsgerichtsräten. 5. Aufl. 1923.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3.—4. Aufl. 1905—1915.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.

Eckels: Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers im Konkurse des Eigentümers und in der Zwangsvollstreckung. Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. 9. Jahrg. (1908/09). S. 201 ff.

Eltzbacher: Handlungsfähigkeit. Bd. I, 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Allg. Teil. 25. bis 29. Aufl. 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 71.

Dieselben in Gruchots Beiträgen. Bd. 57 (1913), S. 997 ff.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Bd. VIII, S. 117.

Fischer und Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1923.

Florey: Die Verwendungsansprüche des Besitzers. Dissertation, Leipzig 1904.

Derselbe: Im Jahrbuch des deutschen Rechts (Neumanns Jahrb.). Bd. IV (1906), S. 341 zu § 1003.

v. Gierke: Sachenrecht in der Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. 1925.

v. Ihering: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. 13. Aufl. 1924.

Josef: Die Rechtstellung des besitzenden Käufers gegenüber dem 3. Erwerber des Grundstücks. In Gruchots Beiträgen. Bd. XXI (1907), S. 531 ff.

Klein: Zurücknahme von Willensmitteilungen. Im Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 33 (1909), S. 245 ff.

Derselbe: Rechtshandlungen im engeren Sinne. In den Abhandlg. z. Privatrecht und Zivilprozeß, herausgg. v. Fischer. 25. Bd. (1912), S. 162 ff.

Kretzschmar: Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Sachenrecht. 2. Aufl. 1922—1923.

Derselbe: Zur Bedeutung des im BGB. bestimmten Wegnahmerechts. Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. 6. Jahrg. (1905/06), S. 1 ff.

Derselbe: Das Eigentum an Grundstücken. Im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. XII., S. 650 ff.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. 1916.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 6./7. Aufl. 1914.

Die Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. II. Teil. 1924.

Neumann: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912.

Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl., Bd. I., Allg. Teil. 1913; Bd. II, 1, Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil. 1914; Bd. III, Sachenrecht, 1920.

Die Protokolle der 2. Kommission. 1897/1899.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12./13. Aufl. 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl., seit 1925.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. I, 1910; Bd. II, 1, 1914; Bd. II, 2, 1918.

M. Wolff: Sachenrecht. 20.—21. Aufl. 1926.

Th. Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.

I. Abschnitt:

Der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Verwendungen und die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts.

§ 1. Der Umfang der Verwendungen und die Natur des Verwendungsanspruchs.

I. In den §§ 994 ff. gibt das BGB. dem Besitzer einen Anspruch auf die von ihm auf die Sache gemachten „notwendigen Verwendungen". Es begnügt sich mit dieser Bestimmung, ohne den Begriff zu erläutern, oder den Umfang derselben festzulegen. Lediglich die Motive klären uns darüber auf, was die erste Kommission unter Verwendungen verstand. Dort heißt es (III, 30; 411), unter Verwendungen seien „alle Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten zugute kommt", zu verstehen. Diese Definition ist aber keineswegs einwandfrei, denn es drängt sich sofort die Frage auf: Was ist unter derartigen „Geschäften" zu verstehen? Sie bedeutet auch gegenüber der durch die Wissenschaft entwickelten Ansicht keinen Fortschritt. Eine klarere, wenn auch etwas umständliche Definition, die aber die herrschende Meinung treffender wiedergibt, hatte bereits das BGB. für das Königreich Sachsen im § 77 gegeben, wo es heißt: „Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Ausgaben begriffen. Die Verwendungen sind notwendig, wenn sie den Untergang oder die Ver-

schlechterung oder den Verlust der Sache abwenden, und nützliche, wenn sie die Sache in Ansehung der davon zu ziehenden Früchte oder des Gebrauchs verbessern. Andere Verwendungen sind willkürliche, gleichviel ob dadurch der Wert der Sache erhöht wird oder nicht."

Diese Definition vermeidet die Unklarheit, die die Ausdrucksweise der Motive in den Verwendungsbegriff hineinbringt. Verwendung ist ein Begriff, der im praktischen Leben täglich gebraucht wird. Dies versteht darunter einfach alle Aufwendungen, die erforderlich sind, um eine Sache in ihrem Bestand zu erhalten oder ihren Wert zu erhöhen [1]).

Dem Besitzer wird vom Gesetz nun keineswegs ein Anspruch auf Verwendungen jeder Art gewährt. Es beschränkt sich grundsätzlich auf die notwendigen Verwendungen (vgl. §§ 994, 995 BGB.). Neben diesen gewährt es dem Besitzer nur noch solche Verwendungen, die

1. vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und der Bösgläubigkeit gemacht sind, und
2. den Wert der Sache erhöhen (§ 996 BGB.).

Das Gesetz unterscheidet also nur zwei Arten der Verwendungen, nämlich die „notwendigen Verwendungen" und „andere als notwendige Verwendungen". Notwendige Verwendungen sind, wie das Wort „notwendig" schon sagt, solche Verwendungen, die nötig sind, um den Bestand oder den Wert einer Sache voll zu erhalten [2]). Alle anderen Verwendungen, mögen sie den Wert der Sache erhöhen oder dieser in sonstiger Weise nützlich sein, scheiden aus dem Begriff der notwendigen Verwendungen aus. Sie werden

[1]) Aehnlich wie im Text Endemann (II, § 93, 2): Verwendung ist, was auf die Sache oder zur Bestreitung ihrer Lasten aufgewendet wird; und Dernburg (III, § 122, 2): Verwendungen sind „für die Sache aufgewendete vermögenswerte Leistungen".

[2]) Vgl. auch Wolff, II, 1, § 86, I, 1; v. Gierke, § 36, VI, 1 a).

vom Gesetz, wie vorhin dargelegt, nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt [3]).

II. Aus der Vorschrift des § 999 Abs. 2 BGB. schließen einige Schriftsteller [4]), daß der dem Besitzer wegen dieser Verwendungen in den §§ 994 ff. BGB. gewährte Anspruch auf Ersatz nicht obligatorischer sondern dinglicher Natur sei. Dort heißt es: „Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.“ Wenn man die Entstehung dieses Paragraphen verfolgt, so liegt der Gedanke, der Verwendungsanspruch sei im BGB. zu einem dinglichen ausgestaltet worden, nicht so fern. Im § 936 des ersten Entwurfes sollte sich der Besitzer wegen seiner Verwendungen ausschließlich an den Eigentümer halten dürfen, zu dessen Zeit die Verwendungen vorgenommen waren [5]). Danach war der Verwendungsanspruch zweifelsfrei persönlicher Natur. Diese Vorschrift wurde jedoch von der zweiten Kommission zugunsten des Besitzers geändert. Die Sicherheit seines Anspruchs sollte nicht dadurch geschmälert werden können, daß das Eigentum an der Sache auf einen anderen überging, es sollte vielmehr auch der neue Eigentümer haften [6]). Der Anspruch des Besitzers an sich blieb also von derselben Natur wie der im § 936 des 1. Entwurfs, er wurde nur dem Umfang nach derart erweitert, daß die Verpflichtung des Eigentümers sich auf die Verwendungen „erstrecken“ soll, die vor seinem Eigentumserwerb gemacht worden sind. Der Verwendungs-

[3]) Zu dem ganzen vergl. auch den Aufsatz v. Baring im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht. XIV. S. 459 ff.

[4]) So Th. Wolff, Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Anm. 6 zu § 9 ZwVG.; Biermann, in älteren Auflagen zu § 999, Anm. 2 u. A.

[5]) Vgl. Motive III, 416.

[6]) Vgl. Protokolle III, 358.

anspruch ist kein dingliches Recht, das etwa einer Hypothek oder dem Pfandrecht an beweglichen Sachen gleich gestellt ist. Schon aus den Worten „Ersatz verlangen" in dem § 999 Abs. 1 und „Anspruch auf den Ersatz von Verwendungen" in den §§ 1001 und 1002 BGB. darf geschlossen werden, daß es sich lediglich um einen obligatorischen Anspruch handelt, der allerdings zugunsten des Besitzers besonders ausgestaltet ist. Der Personenkreis ist noch nicht derartig erweitert, daß sich der Anspruch gegen jeden Dritten richtet [7]).

§ 2. Die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs.

Wegen dieses dem Besitzer in den §§ 994—999 BGB. gewährten Anspruchs auf Verwendungen gibt ihm das Gesetz dreierlei Rechte:

1. Das Zurückbehaltungsrecht im § 1000,
2. ein bedingtes Klagrecht in den §§ 1001 und 1002 und
3. das Befriedigungsrecht im § 1003.

I. Kraft Gesetzes entsteht auf Grund eines objektiven Tatbestandes für den Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht an der in seinem Besitz befindlichen Sache wegen Verwendungen, die er auf diese gemacht hat. Die Entstehung des Rechts ist nicht davon abhängig gemacht, daß der Besitzer dem Eigentümer erklärt, er wolle die Sache zurückbehalten. Dieser Erklärung liegt vielmehr bereits ein zur Entstehung gelangtes Recht zugrunde.

---

[7]) Zu demselben Resultat kommt auch die herrschende Meinung; vgl. RGR.-Kommentar zu § 999 Anm. 2; Eckels, S. 201 ff.; Staudinger zu § 1003, I, 2; Neumann zu § 1003; Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 999; Entsch.R.G. bei Gruchot, Bd. 57, S. 989; derselben Ansicht auch v. Tuhr, Bd. I, § 4, IV, S. 102, der die Pflicht des jeweiligen Eigentümers als „mittelbar zuständig" bezeichnet, d. h. nicht die Sache ist verpflichtet, sondern die Person, die zu ihr in der maßgebenden Beziehung steht; und Derselbe, § 11, Anm. 29.

Das im Bürgerlichen Recht wichtigere Zurückbehaltungsrecht ist das im § 273 vorgesehene allgemein jedem Schuldner gewährte Zurückbehaltungsrecht. Daneben gibt das Handelsgesetzbuch noch dem Kaufmann ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner fälligen Forderungen an den beweglichen Sachen und den Wertpapieren des Schuldners in den §§ 369 ff. HGB.

Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 unterscheidet sich im Wortlaut nur wenig von dem des § 273 BGB. Es lautet: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Abs. 2 des § 273 sagt: „Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht", — nämlich das Zurückbehaltungsrecht wie im 1. Absatz —, „wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Der Unterschied der beiden Fassungen besteht darin, daß im § 273 BGB. einmal von „Gegenstand" gesprochen wird, besonders aber darin, daß dieser von einem „fälligen" Anspruch redet, während im § 1000 BGB. die Fälligkeit nicht erwähnt ist. Daß es im § 1000 statt Gegenstand „Sache" heißt, ist selbstverständlich, weil dort überhaupt nur von Verwendungen auf die Sache die Rede ist. Erwähnenswert bleibt nur der Unterschied, der die Fälligkeit des Anspruchs betrifft. Die Erklärung hierfür ist sehr nahe gelegt; das Gesetz verlangt im § 273 BGB. einen „fälligen" Anspruch und sieht im § 1000 von diesem Erfordernis ab. Es kann hier also das Zurückbehaltungsrecht auch wegen eines noch

nicht fälligen Anspruchs geltend gemacht werden. Wäre diese Erklärung nicht richtig, so müßte man den Gesetzesredaktoren den Vorwurf machen, sie hätten ein und dieselbe Bestimmung zweimal aufgenommen. Das ist aber bei der sorgfältigen Abfassung des BGB. sehr fernliegend.

Dies ist nur eine rein äußerliche Erklärung. Die innere Notwendigkeit für die Aufnahme des § 1000 BGB. ergibt sich aus der Fassung des § 1001. Danach kann der Besitzer „den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen" — m. a. W.: der Verwendungsanspruch wird erst dann fällig, — „wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt." Der Besitzer soll aber das Zurückbehaltungsrecht bereits haben, bevor der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt, also bereits ein fälliger Anspruch vorliegt. Das ist auch durchaus billig; wäre es nicht so, würde dies Recht dem Besitzer in den meisten Fällen wenig nützen, ja, es wäre geradezu illusorisch.

Durch diesen Unterschied wird das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 BGB. aber kein anderes als das des § 273: nicht inhaltlich, sondern nur dem Umfang nach unterscheiden sich die Rechte[8]). Sie können daher im Folgenden gemeinsam als bürgerliches Zurückbehaltungsrecht im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des Handelsrechts betrachtet werden.

Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht ist somit ein einheitliches Recht auf Verweigerung der Herausgabe eines Gegenstandes bis zur Befriedigung durch den Schuldner. Viel weitergreifend ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgestaltet. Es umfaßt außer dieser Herausgabeverweigerungsbefugnis noch die Befugnis, sich aus den zurückbehal-

[8]) Vgl. Wolff, a. a. O., § 86, V, 1, insbes. Anm. 16; Staudinger, zu § 1000, Anm. 1.

tenen Sachen zu befriedigen. Diese beiden Befugnisse zusammen bezeichnet das HGB. in den §§ 369—372 als Zurückbehaltungsrecht, und zwar ist die Befriedigungsbefugnis das Endziel und der eigentliche Kern des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, der diesem erst den großen Wert verleiht. Daß es sich beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht um ein zusammengesetztes Recht handelt und nicht um zwei nebeneinander stehende Rechte, geht schon aus der Fassung des § 371 HGB. hervor: „Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt . . .“; die Befriedigungsbefugnis ist also Inhalt desselben [9]).

Die im kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht enthaltene Herausgabeverweigerungsbefugnis richtet sich ebenso wie das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht gegen eine bestimmte Person bezw. einen festumrissenen Personenkreis. Es ist darum richtig, wenn die herrschende Ansicht annimmt, daß es sich beim bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht um ein rein obligatorisches Recht handelt [10]). Die Wertung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wird gegenüber dem bürgerlichen wesentlich dadurch erschwert, daß in ihm außer der Herausgabeverweigerungsbefugnis noch die Befugnis auf Befriedigung steckt. Die obligatorische Natur dieses Zurückbehaltungsrechts wird dadurch durchbrochen, daß es sich nicht mehr lediglich gegen einen bestimmten Personenkreis richtet, sondern nach § 369 Abs. 2. HGB. gegen einen Dritten „insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegen-

---

[9]) So auch Staub zu § 371, Anm. 1; Müller-Erzbach, Kap. 85, S. 410.

[10]) So Staudinger zu § 1000, Anm. 1; RGR.-Komm. zu § 1000, Anm. 1; Wolff, a. a. O., § 85, V, 1 u. Anm. 16; von Gierke, Sachenrecht, § 36, VI, 2; vgl. auch Motive, S. 46, 3b; Entsch. RG. bei Gruchot, Bd. 57 (1913), S. 997 ff.; RGZ. 71, 426 ff.; OLG. Rechtspr. Bd. 8, S. 117 und die herrschende Meinung.

standes entgegengesetzt werden können." Diese Bestimmung deutet die Schwierigkeit an, die der Wissenschaft entgegentritt, um die Frage nach der Dinglichkeit oder Persönlichkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu beantworten, sie schlägt zwar den gordischen Knoten gleichzeitig durch, indem sie sich für die persönliche Natur im geltenden Handelsrecht entscheidet [11]). Damit ist die grundsätzliche Frage aber keineswegs gefördert, denn es bleibt die Tatsache bestehen, daß die Befriedigungsbefugnis, indem sie sich in weitgehendem Maße gegen Dritte richtet, sich zum Mindesten dem Pfandrecht sehr nähert und damit vielleicht Anspruch darauf erheben kann, in die Kategorie der Sachenrechte eingegliedert zu werden [12]). Diese Frage kann hier jedoch nur angedeutet werden im Hinblick auf das verwandte und hier zu behandelnde Befriedigungsrecht des § 1003 BGB. Sie wird ihre Beantwortung bei der Untersuchung der juristischen Struktur des Befriedigungsrechts im § 1003 finden. Sobald die Lösung für dieses gefunden ist, ist auch die Antwort für das Handelsrecht gegeben, da inhaltlich die Befriedigungsbefugnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts und das Befriedigungsrecht des § 1003 BGB. völlig gleichliegen; beide gewähren dem Berechtigten die Befugnis, die Sache zu verwerten, unabhängig vom Willen des Eigentümers.

II. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht umfaßt nicht die Befugnis, sich aus der Sache zu befriedigen. Nur in einem einzigen Falle gewährt das Gesetz im Anschluß an

[11]) Auch die herrschende Ansicht spricht sich für die persönliche Natur aus; so Staub, Anm. 33 zu § 369 (vgl. dagegen noch in der 6./7. Aufl.); Düringer-Hachenburg, Note VI zu § 369; RG., Bd. 8, S. 83.

[12]) Müller-Erzbach, Kap. 85, empfiehlt die Einstellung des kaufmännischen Zurückhaltungsrechts in das Sachenrecht, ohne jedoch eine klare grundsätzliche Stellung zu dem gesamten Problem einzunehmen.

das Zurückbehaltungsrecht ein Befriedigungsrecht, nämlich im § 1003 BGB. Dem Besitzer steht gegen den Eigentümer wegen der Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, das Recht zu, sich aus dieser Sache unter bestimmten, vom Gesetz geforderten Voraussetzungen zu befriedigen. Aber hier ist das Befriedigungsrecht nicht inhaltlich mit dem Zurückbehaltungsrecht, wie im HGB. verknüpft, sondern ist dem Besitzer als selbständiges Mittel an die Hand gegeben, um sich wegen seines Verwendungsanspruchs schadlos zu halten. Die Betrachtung dieses Befriedigungsrechts vereinfacht sich daher wesentlich gegenüber der des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Seine Natur wird weiter unten einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden.

III. Außer dem Befriedigungsrecht im § 1003 und dem rein negativ gerichteten Zurückbehaltungsrecht des § 1000 gewährt das BGB. dem Besitzer in den §§ 1001 und 1002 noch ein beschränktes Klagrecht auf den Ersatz der von ihm gemachten Verwendungen. Dies Recht ist nur unvollkommen gestaltet, indem es davon abhängig gemacht ist, daß entweder der Eigentümer die Sache wieder erlangt, oder aber die Verwendungen von ihm genehmigt werden. Erlangt der Eigentümer die Sache wieder, so gilt die Genehmigung als erteilt, wenn er sie annimmt, obwohl der Besitzer bei der Herausgabe einen Vorbehalt bezüglich seines Verwendungsanspruchs macht. Wird vom Besitzer dieser Vorbehalt nicht gemacht, so erlischt sein Anspruch, wenn er bei beweglichen Sachen nicht binnen eines Monats, bei Grundstücken binnen 6 Monaten Klage erhebt, oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt. Der Eigentümer kann sich, wenn er die Verwendungen nicht genehmigen und mit der ganzen Sache nichts mehr zu tun haben will, dadurch befreien, daß er die wieder erlangte Sache dem Besitzer zurückgibt.

Dies so stark beengte Klagrecht ist für den Besitzer eine sehr zweifelhafte Hilfe. Es ist für ihn nur dann von positivem Wert, wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt, denn in diesem Falle kann er ihn auf Zahlung der auf die Sache aufgewendeten Summe verklagen, ohne daß er die Sache selbst herauszugeben braucht. Er hat also die Sicherheit, daß er sich, falls er mit der Klage durchdringt und die Vollstreckung auf Grund des erfochtenen Urteils fruchtlos verläuft, an die Sache selbst halten kann. Diese günstige Lage wird der Eigentümer natürlich möglichst nicht eintreten lassen, er wird die Verwendungen meistens nicht genehmigen oder schweigen, was in diesem Falle der Verweigerung der Genehmigung gleichgestellt wird. Dann muß der Besitzer, wenn er zur Klage schreiten will, die Sache vorher dem Eigentümer herausgeben. Diese Maßnahme ist für ihn in vielen Fällen praktisch äußerst bedenklich, da er damit rechnen muß, daß trotz seines Obsiegens im Prozeß die Vollstreckung in das Vermögen des Eigentümers fruchtlos verlaufen kann. Da in sehr vielen Fällen zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer ein Streit darüber entstehen wird, ob die von diesem gemachten Verwendungen notwendig waren, so wird in allen diesen Fällen der Eigentümer die Verwendungen wenigstens nicht in dem gewünschten Umfang genehmigen. Das Klagrecht der §§ 1001 und 1002 BGB. hat für den Besitzer also in so zahlreichen Fällen keinen praktischen Wert, daß es als kein geeignetes Mittel angesprochen werden kann, um dem Besitzer zu seinem Recht zu verhelfen.

Vorhin sahen wir bereits, daß auch das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 für den Besitzer nur wenig Wert hat. Da dies als Einrederecht nur geeignet ist, Herausgabeansprüche des Eigentümers abzuwehren, nicht aber selbst als geeignetes Mittel zur Durchsetzung des Verwendungs-

anspruchs angesehen werden kann. Das Gesetz drängt somit praktisch, ohne dies zu wollen — das geht aus der zögernden Aufnahme des Befriedigungsrechts in dasselbe hervor — den Besitzer dazu, einen einfachen und sicheren Weg zu beschreiten, nämlich von dem ihm im § 1003 BGB. gewährten Befriedigungsrecht Gebrauch zu machen. Wir werden später noch sehen, daß er allerdings auch mit Hilfe dieses Mittels nicht immer zur vollen Befriedigung seines Anspruchs gelangt. Wenn er diesen Weg beschreitet, weiß er aber genau, daß sein Vorgehen wenigstens teilweise von Erfolg gekrönt werden wird, während der praktische Erfolg sowohl des Zurückbehaltungsrechts wie des Klagrechts immer zweifelhaft sein muß.

Unter Berücksichtigung der praktischen Durchführbarkeit der dem Besitzer gewährten dreierlei Rechte kann man wie beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht unbedenklich die Schlußfolgerung ziehen, daß das Befriedigungsrecht des § 1003 die für den Besitzer wichtigste und sicherste Befugnis ist, seinen Verwendungsanspruch durchzusetzen, nicht wie vielfach angenommen wird, ein für den Besitzer neben den beiden andern Rechten nur sekundär in Frage kommendes Recht.

§ 3. Die Voraussetzungen des Befriedigungsrechts und die rechtliche Stellung des Besitzers vor Erlangung desselben.

Das Gesetz stellt im § 1003 BGB. verschiedene Erfordernisse für die Erlangung des Befriedigungsrechts seitens des Berechtigten auf. Er muß

1. im Besitz der Sache sein,
2. den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages auffordern, sich darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige,

3. die der Aufforderung beizufügende angemessene Frist muß fruchtlos verstrichen sein.

I. Die vom Gesetz aufgestellten und hier zu 1. und 3. behandelten Forderungen ergeben keine Schwierigkeiten. Daß der Berechtigte im Besitz der Sache sein muß, ergibt der Wortlaut des § 1003: „Der Besitzer kann . . . .". Es genügt jede Art des Besitzes, so daß es gleichgültig ist, ob mittelbarer oder unmittelbarer Besitz vorliegt.

Weiterhin verlangt das Gesetz, daß die Aufforderung an den Eigentümer unter Setzung einer „angemessenen" Frist zu erfolgen habe. Von dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist macht es die Entstehung des Befriedigungsrechts abhängig. Die Fristsetzung seitens des Besitzers ist die Ausübung eines Gestaltungsrechts, durch das die dem Eigentümer zustehende Möglichkeit, sich über die Verwendungen zu erklären, zeitlich beschränkt wird. Die Frist muß „angemessen" sein, d. h. die Dauer derselben muß den gesamten im einzelnen Fall in Frage kommenden Verhältnissen angemessen sein. Streitig werden nur zwei Fragen: Welche Wirkung übt die Setzung einer unangemessen kurzen Frist auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien aus und genügt es, wenn der Besitzer der Aufforderung keine bestimmte Frist beifügt, sondern sich damit begnügt, die Erklärung „binnen einer angemessenen Frist" zu verlangen.

Wird die Frist vom Besitzer zu kurz gesetzt, so ist mit der herrschenden Meinung [13]) anzunehmen, daß ohne weiteres eine angemessene Frist läuft, nicht etwa, daß die Setzung der Frist überhaupt nichtig sei. Die Berechtigung dieser Ansicht ergibt sich aus dem im § 140 BGB. niedergelegten Gedanken, wonach anzunehmen ist, daß dasjenige Rechtsgeschäft gültig ist, das bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt

[13]) So v. Tuhr, § 90, II, 4; Enneccerus, § 238, 4a; RG., Bd. 62, S. 68 u. A.

sein würde[14]). Es ist selbstverständlich, daß diese Auslegung einzig dem Willen des Besitzers entspricht.

Wie in diesem Punkt ist der herrschenden Meinung auch bezüglich der weiteren Frage Recht zu geben, wenn sie der Ansicht ist, daß es nicht nötig sei, die Frist positiv zu bestimmen, sondern der Passus, es werde eine angemessene Frist gesetzt, genüge[15]). Die Gesetzesvorschrift ist nicht so aufzufassen, daß der Besitzer eine bestimmte Frist setzen muß, sondern so, daß er sie setzen kann. Er kann aber die Länge auch dem Eigentümer überlassen. Auch hier dürfte anzunehmen sein, daß ohne weiteres eine angemessene Frist zu laufen beginnt, und der Besitzer nach Ablauf einer solchen das Befriedigungsrecht erlangt, auch wenn der Eigentümer keine Bestimmung trifft. Setzt er dagegen eine zu lange Frist, so erlangt der Besitzer erst mit Ablauf dieser das Befriedigungsrecht, auch wenn sie unangemessen lang ist. Erforderlich ist nur, daß die Hinauszögerung nicht Treu und Glauben widerspricht. In diesem Falle könnte der Besitzer eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen, ob die Frist angemessen ist und im Falle der Verneinung gleichzeitig eine angemessene Frist bestimmen lassen.

Wichtiger als die Klärung der Bedeutung dieser beiden Voraussetzungen ist die Festlegung des Begriffes der Aufforderung, da von dieser in erster Linie die Entstehung des Befriedigungsrechts abhängig gemacht ist.

---

[14]) Enneccerus, a. a. O., schließt sich der im Text vertretenen Ansicht nur mit Bedenken an, vor allem unter dem Gesichtspunkt, daß „für den Schuldner vor allem Gewißheit, wie er sich zu verhalten habe, erforderlich" sei. Dieser Gesichtspunkt allein dürfte jedoch kaum zur Begründung seines Standpunktes genügen.

[15]) Wie im Text Enneccerus, § 238, 4b; Staub zu § 374, Anm. 87; Planck zu § 250, Anm. 2a; a. A.: v. Tuhr, § 53, Anm. 59.

Der Zweck der Aufforderung ist in den einzelnen Fällen, in denen das BGB. von einer solchen spricht, verschieden. Zur Erklärung wird aufgefordert in den §§ 108, 415, 1003 u. a.; eine Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten liegt z. B. in den §§ 50, 980 ff., 1965 u. a.; § 1427 enthält eine Aufforderung zur Leistung, § 1829 eine solche zur Mitteilung, § 264 eine Aufforderung zur Vornahme einer Wahl und die §§ 295 und 1571 eine solche zur Vornahme einer sonstigen Handlung.

So verschieden auch der Zweck der Aufforderung im BGB. sein mag, so bleibt dadurch der rechtliche Begriff doch derselbe. In allen Fällen wird zur Vornahme irgendeiner Handlung im weiteren Sinne (welche die positive und negative Handlung einschließt), d. h. zur Bewirkung eines äußeren Erfolges[16]) aufgefordert. Schon daraus, daß die verschiedenen Zweckbestimmungen der Aufforderung im BGB. sich auf einen einheitlichen Nenner bringen lassen, ist ersichtlich, daß der Begriff der Aufforderung nicht mit seinen verschiedenen Zwecken wechseln kann[17]).

Ebenso wie der Zweck der Aufforderung ist diese selbst eine Handlung, und zwar ganz allgemein ausgedrückt, eine rechtlich bedeutsame, positive Handlung, deren Inhalt die Aeußerung des Willens des Auffordernden darstellt. Die positiven Willensäußerungen kann man hinsichtlich ihrer Wirkung wieder einteilen in:

1. solche, deren Rechtswirkungen eintreten, weil sie von einer Person oder falls zwei oder mehrere beteiligt

[16]) Zu dieser Definition vgl. Enneccerus, § 128, I und die dort aufgeführte Literatur.

[17]) Dies bringt Manigk, a. a. O., §§ 186 ff. nicht klar zum Ausdruck, wenn er sagt, es handle sich bei den Aufforderungen „durchweg" um Willensmitteilungen. Ebenso nimmt v. Tuhr, a. a. O., § 48, S. 108/109 nicht grundsätzlich Stellung, wenn er nur einzelne Paragraphen aufzählt, in denen der Aufforderungsbegriff sich findet.

sind, von den Parteien gewollt sind, d. h. deren Rechtswirkung auf ihrem autonomen Willen beruht: das sind die Willenserklärungen. Sie bilden den Hauptbestandteil des Rechtsgeschäfts.

2. Solche, deren Rechtswirkung ex lege eintritt. Hier können die Parteien nicht bestimmend eingreifen, ihr Wille ist nicht maßgebend, ja, es wird sogar ein dem Gesetz entgegenstehender Wille unberücksichtigt gelassen: die Partei äußert den Willen, das Gesetz knüpft an ihn die Wirkung. Diese Arten der Willensäußerungen seien im Anschluß an Manigk[18]) als Willensmitteilungen bezeichnet.

Zu den Willensmitteilungen in dem hier gekennzeichneten Sinne gehört auch die Aufforderung. Die Richtigkeit dieser Behauptung zeigt sich besonders klar, wenn wir die hier zu besprechende Aufforderung des § 1003 betrachten,

---

[18]) Vgl. Manigk, a. a. O., §§ 152 ff. Eine andere Bezeichnung, die jedoch denselben Inhalt umfaßt, wählt v. Tuhr, a. a. O., § 48, S. 107, wenn er von Rechtshandlungen i. e. S. spricht. Eltzbacher, a. a. O., S. 160, spricht von „unmaßgeblichen Willensäußerungen". Diesen Ausdruck hält v. Tuhr, § 48, S. 107, Anm. 25, mit Recht für irreführend, „da man im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter unmaßgeblich so viel wie wirkungslos versteht." Wie Verf. und Manigk auch Klein, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 33 (1909), S. 248/249 und derselbe in Abhandlg. z. Privatrecht u. Zivilprozeß, Bd. 25 (1912), S. 162 ff.; ebenso auch Staudinger(-Kober) zu § 1003, Anm. 1; Biermann zu § 1003, Anm. 1; Staudinger(-Riezler) zu §§ 108, 109 in Anm. 4, hält die Aufforderung für eine einseitige, formfreie, aber empfangsbedürftige Erklärung; Oertmann zu § 264, Anm. 3, hält sie für eine außergerichtliche, empfangsbedürftige Erklärung; Planck zu § 108, Anm. 6 und zu § 295, Anm. 5, für ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; Staudinger (-Kuhlenbeck) zu § 295, Anm. 3, für eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; derselbe (!) zu § 415, Anm. 9, wie Planck, für ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtgeschäft; ebenso Staudinger(-Engelmann) zu § 1347, Anm. 4; derselbe (!) aber in Anm. 20 für eine Willenserklärung.

deren Zweckbestimmung darin liegt, den Eigentümer zu einer Stellungnahme zu den vom Besitzer gemachten Verwendungen zu veranlassen. Der Besitzer kann hier den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. In das Belieben des Besitzers ist lediglich die Bestimmung einer angemessenen Frist insofern gestellt, als ihm durch das Wort „angemessen" eine Mindestgrenze gesetzt wird, die im Einzelnen die Verkehrsüblichkeit bestimmt. Eine obere Grenze für die Frist bestimmt das Gesetz nicht, sie kann also vom Besitzer beliebig weit hinausgeschoben werden. Die Rechtsfolgen aber, auf die es uns hier gerade ankommt, sind der Parteiwillkür entzogen, indem das Gesetz bestimmt: „Nach dem Ablauf der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt." Es würde sehr verständlich sein, wenn der Besitzer an seine Aufforderung die Erklärung knüpfen wollte, wenn nicht binnen 14 Tagen eine Erklärung erfolgt, gehen alle Rechte, insbesondere das Eigentum selbst, an der Sache auf mich über, um auf den Eigentümer einen gewissen Druck auszuüben. Diese Erklärung wäre aber völlig unwirksam, weil das Gesetz, jegliche Parteiwillkür ausschließend, dem Besitzer lediglich einen Befriedigungsanspruch gewährt. Dieselben Erwägungen wie für Absatz 1 des § 1003 BGB. lassen sich auch für Absatz 2 machen.

Unwesentlich für die Aufforderung ist die Form, in der sie gemacht wird. Sie kann mündlich, schriftlich, durch Zeichen oder in einer anderen Weise ausgedrückt werden. Zu verlangen ist nur, daß der Aufzufordernde von der auf-

fordernden Tätigkeit richtig Kenntnis genommen hat. Diese Kenntnisnahme ist ein Charakteristikum sämtlicher Willensmitteilungen[19]), nicht nur der Aufforderung.

II. Bevor der Berechtigte das Befriedigungsrecht an der Sache erlangt, muß er im Besitze der Sache sein und dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Erklärung gesetzt haben. Hiermit ist für ihn bereits eine Vorstufe zur Erlangung des endgültigen Rechts geschaffen. Zur vollständigen Entstehung des Rechts genügt nur noch der Eintritt eines einzigen Umstandes: es muß nämlich die Frist abgelaufen sein, ohne daß der Eigentümer sich erklärt hat. Die Perfizierung des endgültigen Rechtserwerbs hängt also vom freien Willen des Eigentümers ab. Damit ist für den Besitzer eine gewisse Unsicherheit des Rechtslage geschaffen, die nicht bestehen würde, wenn die Schließung der Kette von seinem eigenen Willen abhinge oder wenigstens von einem Umstand, der außerhalb des Willens beider Parteien läge. In diesem Fall könnte man davon sprechen, daß der Besitzer bereits eine Anwartschaft auf das Befriedigungsrecht erlangt hätte. Die Unsicherheit der Rechtslage drückt seine Stellung aber derart zurück, daß man nur noch von einer tatsächlichen Erwartung reden kann[20]). Diese Feststellung ist für den Besitzer von nicht zu unterschätzender Bedeutung, da eine Anwartschaft bereits die Gebundenheit der Sache dem Eigentümer, und wenn das Befriedigungsrecht dinglich ist, auch Dritten gegenüber bedeuten würde. Eine lediglich tatsächliche Erwartung auf die Erwerbung des Rechts läßt eine derartige Gebundenheit jedoch nicht zu.

---

[19]) Vgl. hierzu Manigk, a. a. O., § 183.
[20]) Derselben Ansicht v. Tuhr, I, 1, § 9, S. 182.

II. Abschnitt.

Das Befriedigungsrecht des Besitzers im Besonderen.

§ 4. Die juristische Struktur des Befriedigungsrechts.

Das Befriedigungsrecht des § 1003 ist bisher in der Wissenschaft nur sehr kurz im Anschluß an die dem Besitzer in den §§ 1000–1002 BGB. gewährten Rechte betrachtet, ohne daß versucht worden wäre, dies eigenartig ausgestaltete Recht dem gesamten Rechtssystem einzugliedern. Wenn auch der Zusammenhang mit den Rechten der §§ 1000 bis 1002 nicht verkannt werden darf, so ist es doch zweifelhaft, ob das Befriedigungsrecht in einer unlöslichen Abhängigkeit zu diesen Vorschriften steht.

A. Es stehen sich in der Wissenschaft zwei Ansichten gegenüber, die zu grundlegend verschiedenen Resultaten kommen:

I. Die durchaus herrschende Meinung[21]) erklärt das Befriedigungsrecht des Besitzers für ein obligatorisches Recht mit einem gewissen dinglichen Einschlag, d. h. das Befriedigungsrecht hat insofern eine dingliche Seite, als es auf die Sache beschränkt ist, und weitergehende Ansprüche gegen das übrige Vermögen des Eigentümers nicht bestehen. Diese Ansicht stützt sich auf folgende Erwägungen:

[21]) Staudinger zu § 1003; RGR.-Kommentar zu § 1003, Anm. 1; Wolff, a. a. O., § 86, V, 3; RGZ., Bd. 71, S. 426 ff. u. a.

1. Die historische Entwicklung des § 1003 BGB. zeigt eindeutig die vom Gesetzgeber gewollte obligatorische Natur des Befriedigungsrechts. Die erste Kommission wollte im § 938 des ersten Entwurfes[22]) dem Besitzer für seine Verwendungen einen Anspruch nur unter der Bedingung gewähren, daß der Eigentümer die Sache wieder erlangt. Wenn diese Bedingung nicht erfüllt war, so sollte dem Besitzer lediglich noch das Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs zustehen. Irgendeine Möglichkeit, den unliebsamen Schwebezustand zu lösen, wenn der Eigentümer die Verwendungen des Besitzers oder seines Vorgängers nicht genehmigte, gab es für den Besitzer nicht. Erst die zweite Kommission[23]) traf in dieser Richtung eine Aenderung. Sie hielt es für angemessen, dem Besitzer ein Mittel an die Hand zu geben, um den unerwünschten Schwebezustand zu beseitigen, der eintritt, wenn der Eigentümer weder die Sache zurücknimmt, noch auch die auf sie gemachten Verwendungen genehmigt. So kam es zu der Regelung des § 1003 BGB., wonach der Besitzer berechtigt ist, unter bestimmten Voraussetzungen Befriedigung aus der Sache zu suchen. Diese Entwicklung zeigt, daß die Hauptansprüche des Besitzers in den §§ 1000 –1002 gegeben sind, der § 1003 dem Besitzer lediglich ein Mittel an die Hand gibt für den Fall, daß der Eigentümer weder die Sache zurücknimmt, noch die Verwendungen genehmigt.

Aus dieser gemeinsamen Betrachtung der §§ 1000 bis 1003 BGB. schließt die herrschende Meinung unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der historischen Entwicklung nach das Befriedigungsrecht des § 1003 nur ein subsidiäres ist: Da sowohl der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Verwendungen, wie auch das Zurückbehaltungs-

[22]) Vgl. Motive, Bd. III, S. 415.
[23]) Vgl. Protokolle, Bd. III, S. 361, 363 ff.

recht des § 1000 zweifelsfrei obligatorische Rechte sind, so muß das Befriedigungsrecht derselben Natur sein. Es wäre unlogisch, wenn ein subsidiäres Recht stärker als die Hauptrechte selbst wären.

2. Für diese Auffassung spricht auch das Gesetz selbst. Der Besitzer kann die Befriedigung aus der Sache „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf" bezw. „nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" suchen. Das Befriedigungsrecht ist also kein Pfandrecht, es wird nur nach dessen Vorschriften behandelt, weil sie sich besonders für die Art der Durchführung eignen. Der Gesetzgeber hat diesen Hinweis nur getroffen, weil die Art der Durchführung besonders naheliegt, ohne damit das Recht selbst zu einem pfandartigen, dinglichen machen zu wollen.

3. Diese Ansicht führt für sich besonders auch die amtliche Begründung zur Konkursordnung[24]) ins Feld, wo es heißt: „Bei der dem Besitzer durch § 1003 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen gewährten Befugnis, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, handelt es sich lediglich um eine besondere Art der Durchführung des persönlichen Anspruchs."

II. Die entgegengesetzte Theorie[25]) hält das Befriedigungsrecht für ein dingliches Verwertungsrecht, das dem Besitzer neben den Rechten der §§ 1000—1002 selbständig an die Hand gegeben ist. Sie argumentiert folgendermaßen:

1. Der Wortlaut des § 1003 BGB. ist vom Gesetzgeber so gewählt, wie er dies bei den Rechten getan hat, die als

[24]) Vgl. S. 51 bei Heymann.
[25]) Vgl. Kretzschmar, Sachenrecht, IV, zu § 1003 und

zweifelsfrei dingliche allgemein anerkannt werden. § 1003 sagt nämlich, der Besitzer sei berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen. Aehnlich erklärt § 1113 bezüglich der Hypothek, ein Grundstück könne in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. Einen gleichgearteten Wortlaut wählen auch die §§ 1191 (Grundschuld), 1199 (Rentenschuld) und 1105 (Reallast). Gegen diese Argumentation ließe sich — so meint die hier behandelte Theorie — zwar einwenden, daß beispielsweise auch § 772 BGB. sagt: „Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß auch aus dieser Sache Befriedigung suchen." Es wird hier also beim Bürgschaftsanspruch dieselbe Ausdrucksweise benutzt wie bei dinglichen Rechten. Dies erklärt sich aber sehr einfach daraus, daß sozusagen in einem Atem neben dem Zurückbehaltungsrecht das Pfandrecht genannt ist, so daß in Wirklichkeit im § 772 eine Redewendung gebraucht wird, die tatsächlich in Verbindung mit einem obligatorischen Recht nicht üblich ist.

2. Als Hauptargument gegen die Annahme eines persönlichen Anspruchs führt diese Theorie ins Feld, daß sich die Merkmale des Befriedigungsrechts nicht mit denen deckten, die von einem obligatorischen Rechte zu verlangen seien. Der Kern der Obligation ist im § 241 BGB. in knappen Worten dargestellt als ein Anspruch, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

---

im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XIII, S. 651 ff.; Biermann, 2, zu § 999 und bes. Eckels, a. a. O., S. 211 ff.

Der Besitzer hat keinen derartigen Anspruch gegen den Gläubiger, sein Recht ist vielmehr dem eines Pfandhalters gleichzustellen, es ist ein dingliches Verwertungsrecht.

3. Die Gründe, die diese Theorie zu dem Schluß führen, daß das Befriedigungsrecht dinglich ist, sind in ausschlaggebender Weise aber Erwägungen praktischer Art.

Das Gesetz — so sagt der Hauptvertreter dieser Theorie, Eckels[26]) — wolle den Besitzer, der auf die Sache Verwendungen gemacht habe, stärker schützen, als dies ein rein obligatorischer Anspruch tun könne. Wenn das Befriedigungsrecht persönlicher Natur ist, so ist es im Konkurs des Eigentümers völlig unbrauchbar. Während sich jeder persönliche Gläubiger an das ganze Vermögen halten kann, kann sich der Besitzer nur an die Sache bezw. das Grundstück halten, wodurch sein Anspruch praktisch völlig illusorisch gemacht wird. Das Gesetz könne eine derartig schlechte Stellung des Besitzers niemals gewollt haben. Ist das Befriedigungsrecht dagegen dinglich, so hat der Besitzer ein Absonderungsrecht, wodurch seine Stellung gerechter und billiger geregelt ist.

4. Zur Stützung ihrer Ansicht verweist diese Theorie auch auf den im § 1003 Abs. 1 Satz 2 gewählten Wortlaut. Würde es sich im § 1003 um einen persönlichen Anspruch handeln, so würde es genügen, wenn der Satz lautete: „Nach dem Ablauf der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache, und zwar bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zu suchen." Der tatsächlich gewählte Wortlaut zeugt aber für die dingliche Natur des Anspruchs, da er genau dem bei der Hypothek, bezw. Grund- und Rentenschuld — auf die diese Vorschrift auch zur Anwendung kommt — gewählten Hin-

[26]) Eckels, a. a. O., S. 221.

weis entspricht (vergl. §§ 1147 bezw. 1192 und 1199), wo es heißt, daß die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Der Hinweis auf die Vorschriften über die Zwangsvollstreckungen in das unbewegliche Vermögen würde also überflüssig sein, wenn der Anspruch persönlich wäre. In diesem Falle aber würde man dem Gesetzgeber den Vorwurf der mangelhaft durchdachten Abfassung des Paragraphen machen, was bei der sonst sorgfältigen Wahl der Ausdrücke höchst bedenklich ist.

B. Die richtige Erkenntnis von der Natur des Befriedigungsrechts ist aus dem Grunde von größter Wichtigkeit, weil die Stellung des Besitzers in beiden Fällen eine sehr verschiedene ist. Aus diesem Grunde vernotwendigt es sich, zunächst die praktischen Unterschiede klar zu legen und dann zu erforschen, welcher Art das Befriedigungsrecht ist.

Der praktische Unterschied beider Theorien zeigt sich zunächst im Konkurse. Dieser Punkt ist bereits vorhin berührt und wird, wie wir sahen, von der Theorie, die das Befriedigungsrecht für dinglich hält, als wesentliches Argument der gegnerischen Theorie entgegengehalten. Es erübrigt sich deshalb, hier noch einmal auf diese Frage einzugehen.

Am klarsten wird der Unterschied, wenn wir das Befriedigungsrecht in seiner Durchführung bei Grundstücken betrachten. Der Besitzer ist nach § 1003 berechtigt, bei einem Grundstück Befriedigung „nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen." § 866 ZPO. sagt: „Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung."

Betrachten wir bei der Zwangsversteigerung zunächst wieder die erste Theorie, so ist hier zu prüfen, in welcher Rangklasse des § 10 des ZwVG. der Besitzer steht, und

ob er zu den Beteiligten des Verfahrens im Sinne der Ziffern 1 und 2 des § 9 gehört. Nach § 9 ZwVG. sind außer dem Gläubiger und Schuldner Beteiligte am Verfahren:

1. „diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerkes ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist."

Als obligatorisches Recht ist der Anspruch des Besitzers nicht eintragbar[27]), ebenso kann er aber auch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, denn diese ist nur auf Grund eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts (§ 883 BGB.) möglich. Zu den Beteiligten der Ziffer 1 würde der Besitzer demnach nicht gehören. Zu diesen gehören außer den in Ziffer 1 angeführten auch die in Ziffer

2. „diejenigen, welche ein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht, ein Recht an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, einen Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück . . . bei dem Vollstreckungsgericht anmelden und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft machen."

Von diesen Rechten könnte nur ein „Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück" in Frage kommen. Nun ist es sicher und entspricht der herrschenden Meinung, daß es sich bei diesen Ansprüchen nur um die im § 10 Ziff. 4 ZwVG. handelt[28]), das sind „die Ansprüche aus Rechten an dem Grundstücke, soweit sie nicht infolge der Beschlagnahme dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind, die Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen jedoch mit Einschluß derjenigen, welche als Zuschlag zu den Zinsen behufs allmählicher Kapitalbeteiligung zu entrichten sind, nur

[27]) Vgl. Wolff, a. a. O., § 31, II.
[28]) Vgl. RGZ., Bd. 71, S. 424 ff.

wegen der laufenden und der aus den letzten 2 Jahren rückständigen Beträge." Mit diesen Rechten sind nur dingliche und nicht obligatorische gemeint, so daß der Besitzer nicht in dieser Rangklasse, sondern erst in der 5. befriedigt wird, da es sich bei ihm um einen einfachen Gläubiger handelt [29]).

Sehr viel besser steht sich der Besitzer, wenn sein Befriedigungsrecht sich als dinglich darstellt. Er würde dann zu den Beteiligten in dem Verfahren auf Grund des § 9 Ziff. 2 ZwVG. gehören als Gläubiger, der „einen Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück" hat, da es sich bei diesem Anspruch, wie wir vorhin sahen, um einen dinglichen handelt. Seine Befriedigung erfolgt in diesem Falle auch nicht aus Ziff. 5 des § 10 ZwVG., sondern aus Ziff. 4, da sein Anspruch ein solcher aus dem Recht an einem Grundstück ist.

Diese verschiedenartigen Folgen beider Theorien sind für die Stellung des Besitzers von größter Wichtigkeit. Deshalb ist es ein praktisches Bedürfnis, beide Theorien nach ihrer Richtigkeit zu überprüfen. Der Einfachheit halber sei im Folgenden die Theorie, die das Befriedigungsrecht für obligatorisch hält, kurz als die obligatorische Theorie und die entgegengesetzte Anschauung als die dingliche Theorie bezeichnet.

C. I. Die obligatorische Theorie stützt sich in ihrer Beweisführung auf ein inneres und zwei äußere Momente. Aus inneren Gründen hält sie das Befriedigungsrecht für obligatorisch, weil sie es im engsten Zusammenhang mit dem Zurückhaltungsrecht des § 1000 und dem Anspruch aus § 1001 behandelt. Sie folgert so: Das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 sowie der Anspruch des § 1001 sind beide

[29]) Vgl. Staudinger zu § 1003, 2, a, α; Planck zu § 1003, Anm. 3; Neumann zu § 1003, Anm. 4; Josef, a. a. O., S. 553, 54.

obligatorisch — die Begründung dieser Ansicht ist im wesentlichen die gleiche, wie die im vorigen Abschnitt gegebene, es erübrigt sich daher, hier noch einmal darauf einzugehen —, beide Rechte kommen für den Besitzer zur Durchführung seines Verwendungsanspruchs in erster Linie in Frage. Das Befriedigungsrecht des § 1003 kommt für ihn nur subsidiär in Frage, denn der Gesetzgeber hat dem Besitzer dies Recht nur als Notbehelf an die Hand gegeben, um den lästigen Schwebezustand zu lösen, der dadurch eintritt, daß der Eigentümer sich gar nicht äußert, oder die auf die Sache gemachten Verwendungen nicht genehmigt. Würde dies subsidiäre Recht nun dinglich sein, so würde es die Hauptansprüche an Stärke übertreffen, was sich nicht mit der Erwägung verträgt, daß es lediglich ein Notbehelf ist.

Es muß als richtig anerkannt werden, daß das Befriedigungsrecht des § 1003 BGB. als ein neben anderen Rechten dem Besitzer für seine Verwendungen gewährter Anspruch nur im Zusammenhang mit diesen betrachtet werden kann. Wenn auch der Gesetzgeber bei der Abfassung des BGB. in erster Linie an die Rechte aus den §§ 1000, 1001 und 1002 gedacht hat, so hat doch im Laufe der Gesetzgebungsarbeit sich der Gesichtspunkt aufgedrängt, daß diese Rechte nicht ausreichten, um die berechtigten Interessen des Besitzers in genügender Weise zu schützen. Im Gesetz selbst hat der § 1003 eine durchaus selbständige Stellung erhalten — im Gegensatz zur Befriedigungsbefugnis des kaufmännischen Zurückbehaltunggsrechts in den §§ 371, 372 HGB. —, die es nicht rechtfertigt, aus rein historischen Gründen ihm eine so untergeordnete Stellung anzuweisen, wie dies die obligatorische Theorie will. Nach dem Gesetz hat der Besitzer wegen seiner auf die Sache gemachten Verwendungen drei Rechte, die er wahlweise jedes durchaus selbständig geltend machen kann. Er kann entweder von

seinem Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 1000 Gebrauch machen, oder er kann auf Grund der §§ 1001 und 1002 gegen den Eigentümer vorgehen, allerdings unter der Voraussetzung, daß dieser die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Völlig unabhängig hiervon kann der Besitzer, ohne daß die vorherige Geltendmachung der erstgenannten Rechte vom Gesetz zur Voraussetzung gemacht wäre, den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages auffordern, sich innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Mit dem Ablauf der Frist gewinnt er ohne weiteres das Befriedigungsrecht. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser selbständig neben den übrigen Rechten ausgebildete Anspruch nicht stärker sein darf als diese selbst. Praktisch liegt der Fall doch so: Entweder der Besitzer hat es mit der Durchführung seines Verwendungsanspruchs nicht sehr eilig, da er in erster Linie Wert darauf legt, die Verwendungen in vollem Umfang ersetzt zu erhalten, dann greift er zu den Rechten der §§ 1000 oder 1001. Deren Durchführung ist unter Umständen — vielleicht sogar meistens — langwierig. Oder aber es liegt dem Besitzer daran, schnell zu seinem Gelde zu kommen, auch auf die Gefahr hin, daß er nicht vollen Ersatz erhält: dann greift er zum Befriedigungsrecht des § 1003. Hier weiß er genau: sowie die Frist abgelaufen ist, habe ich ein Mittel an der Hand, sofort etwas bestimmtes zu erhalten. Die Durchführung seines Anspruchs ist hier nicht vom Willen des Eigentümers oder von sonstigen Umständen abhängig, sondern lediglich von seinem eigenen Ermessen. Die Gefahr beim Befriedigungsrecht liegt nur darin, daß der Erlös der Sache hinter dem Wert der Verwendungen zurückbleiben kann, und in diesem Fall der Besitzer den Ausfall allein tragen muß. Dies ist eine offensichtliche Schwäche des Be-

friedigungsanspruchs, und der Besitzer wird es sich stets genau vorher überlegen, ob er auf ihn zurückgreifen will. Ist nun das Befriedigungsrecht obligatorisch, so wird es in vielen Fällen in der Praxis aus dem bereits oben berührten Gründen noch mehr geschwächt. Im Konkurse ist der Besitzer einfacher Konkursgläubiger. Nur die Verwendungen, die in der Zeit nach Konkurseröffnung gemacht worden sind, begründen eine Masseforderung, denn in diesem Fall liegt der Masse eine Bereicherungshaftung ob[30]). In der Zwangsversteigerung von Grundstücken gehört er nur zu den Berechtigten der Ziff. 5 des § 10 ZwVG., so daß in diesen Fällen — vielleicht sind es sogar die meisten — das Gesetz dem Besitzer ein Recht gewährt hätte, das infolge seiner häufigen Wertlosigkeit als solches nicht mehr bezeichnet werden könnte, und das kann der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben. Selbst wenn das Recht dinglich ist, so wirkt es sich in der Praxis noch nie stärker aus, als die dem Besitzer in den §§ 1000 und 1001 gewährten obligatorischen Rechte. Der Verwendungsanspruch ist bei Benutzung dieser Rechte völlig gesichert, da nach § 999 Abs. 2 BGB. die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen sich auch auf die Verwendungen erstreckt, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erlangt hat. Dadurch sind die persönlichen Rechte der §§ 1000 und 1001 wesentlich verstärkt. Selbst wenn nun das Befriedigungsrecht dinglich ist, kann eine weitergehende Befriedigung nie erreicht werden, häufig wird sogar, wie oben bereits erwähnt, der Erlös hinter dem Wert der Verwendung zurückbleiben, so daß keine volle Befriedigung erzielt wird.

Das Befriedigungsrecht nimmt also nur dann eine dem Zurückbehaltungsrecht und dem Anspruche aus § 1001 gleich-

[30]) Vgl. hierzu Jaeger, a. a. O., zu § 49, Anm. 43.

wertige Stellung ein, wenn es dinglich ist, im anderen Falle ist es in vielen Fällen zur Bedeutungslosigkeit verurteilt, grundsätzliche Bedenken gegen die Annahme der Dinglichkeit bestehen aber aus den oben angeführten Gründen nicht.

Die obligatorische Theorie ist stark durch ein anderes Moment — und dies ist ihr zweites Hauptargument — beeinflußt: die historische Entwicklung des § 1003. Dies Argument — das bei der Darstellung dieser Theorie eingehend geschildert wurde ist rein äußerlich. Es steht fest, daß in der 2. Kommission die Ansicht vorherrschend war, das Befriedigungsrecht des § 1003 sei als subsidiäres Recht obligatorisch und nur als eine Art der Durchführung des Verwendungsanspruchs zu betrachten — ein gewissermaßen offizieller Nachklang ist noch die oben zitierte amtliche Begründung zur Konkursordnung —. Diese Entwicklung zwingt aber noch nicht zu der Annahme dieser Theorie. Sie ist höchstens geeignet, eine an sich richtige wissenschaftliche Erkenntnis zu stützen. Für diese Erforschung kann aber nur Wortlaut und Sinn des Gesetzes in Frage kommen. Darum ist auch für die Beurteilung dieser Theorie das dritte Hauptargument, das aus dem Wortlaut des § 1003 die Persönlichkeit des Befriedigungsrechts schließen will, weit wichtiger.

Im zweiten Satz des 1. Absatzes des § 1003 heißt es, daß der Besitzer nach dem Ablauf der Frist berechtigt sei, Befriedigung aus der Sache „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" zu suchen. Die hier besprochene Theorie schließt daraus, daß das Befriedigungsrecht kein Pfandrecht, sondern nur ein pfandartiges obligatorisches Recht sein kann. Das Gesetz verweise nur auf die Bestimmungen eines ähnlich gelagerten dinglichen Rechts, weil diese besonders nahe liegen. Diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Wenn

man umgekehrt von dem Standpunkt ausgeht, das Befriedigungsrecht sei dinglich, so spricht der zitierte Wortlaut allein noch nicht gegen die Dinglichkeit. Man könnte ihn sogar ebenso für die Dinglichkeit anführen mit der Begründung, daß der einfache Hinweis auf die Vorschriften des Pfandrechts gerade darauf schließen lassen, daß es sich hier um ein dingliches Verwertungsrecht handele, das genau so zu behandeln ist wie das Pfandrecht, und der Gesetzgeber aus diesem Grunde davon abgesehen hat, im Anschluß an den ersten Satz des § 1003 besondere Bestimmungen für die Durchführung des Befriedigungsrechts zu treffen, da es genau so gelagert ist, wie das Pfandrecht. Dieser Schluß soll hier nicht gezogen werden, obwohl er ebenso nahe liegt wie der von der obligatorischen Theorie gezogene, es soll nur darauf hingewiesen werden, daß dieser Wortlaut allein noch nicht ausreicht, um eine Schlußfolgerung zugunsten der einen oder anderen Theorie zu treffen.

II. Mit der Besprechung dieses letzten Punktes ist gleichzeitig ein Argument berührt, das die dingliche Theorie für sich anführt. Auch sie will aus dem eben zitierten Wortlaut — allerdings mit einer anderen als der vorhin gegebenen Begründung — schließen, daß das Befriedigungsrecht dinglich sein müsse. Das Gesetz, sagt sie, wählt hier eine Ausdrucksweise, wie sie nur bei zweifelsfrei dinglichen Rechten üblich ist beispielsweise bei der Hypothek im § 1113, der Grundschuld im § 1191, der Rentenschuld im § 1199 und auch der Reallast im § 1105. Einen Einwand, der sich hiergegen machen ließe, nämlich der, daß diese Ausdrucksweise auch im § 772 Abs. 2 bei der Bürgschaft gewählt ist, widerlegt die Theorie mit der Begründung, daß hier geradezu in einem Atem mit dem obligatorischen Zurückbehaltungsrecht das Pfandrecht genannt ist, das diesen an dieser Stelle sonst nicht angebrachten Wortlaut erklärt. Es ist richtig, daß

dieser Einwand nicht ausreichen würde, um dies Argument stichhaltig zu widerlegen, und es ist möglich, daß die Ausdrucksweise im § 772 mit Rücksicht auf das Pfandrecht gewählt wurde. Trotzdem ist die von der dinglichen Theorie gezogene Schlußfolgerung nicht als stichhaltig anzuerkennen. Wir haben bereits vorhin gesehen, als wir einen Blick auf die historische Entwicklung warfen, daß in der zweiten Kommission selbst überwiegend die Ansicht vertreten war, das Befriedigungsrecht sei obligatorisch. Der Wortlaut des Paragraphen ist in die endgültige Fassung des Gesetzes so übernommen, wie ihn die zweite Kommission festgesetzt hatte. Daraus folgt aber klar, daß bei den gesetzgeberischen Vorarbeiten nicht daran gedacht worden ist, mit diesem Wortlaut die Dinglichkeit eines Rechts zu verbinden. Hier kann die historische Entwicklung in einwandfreier Weise herangezogen werden, denn es ist selbstverständlich, daß nur da bindende Schlüsse aus Redewendungen gezogen werden können, wo diese vom Gesetzgeber bewußt mit einem gleichlautenden Sinne verbunden wurden. Das ist hier aber ganz und gar nicht der Fall, sondern das Gegenteil liegt vor. Dies Argument ist darum nicht geeignet, die Theorie zu stützen.

Die dingliche Theorie geht zur Begründung ihrer Ansicht besonders von praktischen Gesichtspunkten aus. Sie folgert aus dem Vergleich der Stellung, die der Besitzer bei beiden Theorien beispielsweise im Konkurse und in der Zwangsversteigerung hat, daß das Befriedigungsrecht dinglich sein müsse, denn der Gesetzgeber könne es unmöglich gewollt haben, daß der Besitzer eine so schlechte Lage hätte, wie dies der Fall ist, wenn sein Befriedigungsrecht nur obligatorisch ist. Es ist richtig und sogar unbedingt notwendig, bei der Bearbeitung wissenschaftlicher Probleme nicht allein theoretisch zu konstruieren, sondern in weitgehendem

Maße zu berücksichtigen, welche praktischen Folgen sich aus der einen oder der anderen Konstruktion ergeben, damit die als richtig erkannte Theorie für die Praxis verwertbar ist. Diese Erkenntnis darf bei der Betrachtung eines Problems aber nicht so weit führen, daß die Praxis allein für ausschlaggebend anerkannt und der Theorie zugrunde gelegt wird. Das hieße in einen Fehler verfallen, der genau so schwerwiegend wäre wie der entgegengesetzte Fehler, der der reinen Begriffsjurisprudenz zur Last gelegt wurde[31]). Das Befriedigungsrecht kann nicht aus den praktischen Konsequenzen, sondern nur aus sich selbst heraus erkannt werden. Führt diese Erkenntnis dann im Rahmen der für die Durchführung des Befriedigungsrechts in Frage kommenden Gesetze zu unpraktischen Ergebnissen, so kann man daraus nur folgern, daß dieser Anspruch, den der Gesetzgeber dem Besitzer gewährt hat, nicht geeignet ist, dessen berechtigte Interessen zu schützen, und er besser getan hätte, den Anspruch stärker auszugestalten. Man kann aber nicht aus praktischen Bedürfnissen heraus das Befriedigungsrecht in eine Form pressen, die möglicherweise seiner Natur widerspricht.

Den richtigen Weg, der beschritten werden muß, um eine klare Antwort auf die Frage zu geben, wie die juristische Struktur des Befriedigungsrechts sei, deutet die dingliche Theorie selbst an, indem sie ihre Gegner mit dem Argument bekämpft, das Befriedigungsrecht erfülle nicht die Anforderungen, die an ein obligatorisches Recht zu stellen seien. Hier liegt der Punkt, von dem aus nur die Frage gelöst werden kann: Wie ist das Befriedigungsrecht im § 1003 ausgestaltet? Entspricht es einem unserem Rechtssystem bekannten Recht, oder ist es ein vom Gesetz besonders aus-

[31]) Vgl. Ihering, a. a. O., besonders S. 337 ff.

gestaltetes Recht, das nur einzelne Merkmale verschiedener Rechte erfüllt? Wenn diese Frage gelöst ist, ist an Hand der praktischen Folgen zu prüfen, ob das Recht für den Besitzer verwertbar ist oder nicht.

D. Das Befriedigungsrecht setzt dreierlei voraus:

1. Der Besitzer muß auf eine ihm nicht gehörige Sache Verwendungen gemacht haben, so daß zwischen ihm und dem Eigentümer dieser Sache ein Rechtsverhältnis zur Entstehung gelangt ist, kraft dessen er gegen den Eigentümer einen unklagbaren Anspruch auf den Ersatz der von ihm gemachten Verwendungen erlangt hat,
2. diese Sache muß sich im Besitz des Gläubigers befinden,
3. der besitzende Gläubiger muß den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages aufgefordert haben, sich innerhalb einer vom Besitzer festgesetzten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige, und diese Frist muß abgelaufen sein, ohne daß der Eigentümer sich zu dem Anspruch erklärt hat.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen. Der Besitzer kann also, ohne daß es noch in der Macht des Eigentümers läge, dies zu verhindern, die Sache wie eine gepfändete Sache verwerten. In der Ausübung dieses Rechts ist niemand berechtigt, ihn zu stören, es kann ihm auch niemand, selbst auf Grund eines dinglichen Rechts, den Besitz an der Sache entziehen. Diese Schlußfolgerung ergibt sich schon daraus,

daß der Eigentümer, der an sich dinglich am stärksten Berechtigte nach Ablauf der Frist keinerlei Einfluß mehr auf den Gang der Ereignisse hat. Er ist durch das Gesetz ihm völlig entzogen, so daß der Besitzer im Rahmen seines Befriedigungsrechts die Sache nach freiem Belieben verwerten kann. Wenn der Eigentümer selbst keinerlei Einfluß mehr hat, so hat dies natürlich ein schwächer dinglich Berechtigter erst recht nicht. Das Recht des Besitzers besteht hauptsächlich in der Befugnis, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung herbeizuführen. Von dem Eigentümer der Sache kann er Duldung seiner Herrschaft verlangen. Der Eigentümer selbst ist nicht zur Zahlung der geschuldeten Summe verpflichtet, lediglich die Sache haftet. Der Besitzer hat also unzweifelhaft ein Herrschaftsrecht an der Sache. Dies wird auch von keiner Seite bestritten.

Die Hauptgruppen der Herrschaftsrechte sind neben den immateriellen Güterrechten, die für unsere Betrachtung ausscheiden, die Sachenrechte und die Forderungen[32]). Das Forderungsrecht definierten in zwei Richtungen die Römer scharf:

> Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura (pr. I 3, 13) und
>
> obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutam nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum (L. 3 pr. D. de obl. et act. 44,7 [Paulus]).

Diese Definition hat sich in den Hauptzügen nicht verändert, wenn das BGB. im § 241 sagt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem

[32]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O., I, § 6, S. 133 ff.

Unterlassen bestehen", oder im § 194 sich dahin ausdrückt, daß der Anspruch das Recht sei, „von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen". Vom Standpunkt des Gläubigers ist das Entscheidende: die Richtung des Forderungsrechts gegen eine bestimmte Person und nur gegen diese, den Schuldner. Für diesen liegt das Hauptmoment in der Verpflichtung, etwas zu tun oder zu unterlassen. Beide Teile — die persönliche Richtung und die Verpflichtung zu einer Leistung — müssen erfüllt sein, damit ein Forderungsrecht vorliegt. Das Objekt der Verpflichtung ist also die Person des Schuldners, hinter der sein Vermögen steht. Wenn er sich weigert, die ihm zukommende Leistung zu bewirken, steht dem Gläubiger der Zugriff in sein Vermögen offen. Dies Recht ist für den Gläubiger aber erst die ultima ratio. Für ihn als Gläubiger entscheidend ist die Befugnis, die von dem Schuldner versprochene Leistung zu verlangen bezw. zu erzwingen. Wenn er diese Befugnis hat, so ist er Gläubiger in der Obligation. Diese Hauptzüge des Forderungsrechts sind in der Wissenschaft allgemein anerkannt[33]), im Rahmen dieses Aufsatzes seien sie darum allein berücksichtigt, um nachzuprüfen, ob das Befriedigungsrecht diesen Anforderungen genügt. Es wurde bereits vorhin erkannt, daß das Befriedigungsrecht auf Verwertung der Sache gerichtet ist, nicht mehr auf Leistung seitens des Schuldners. Das Befriedigungsrecht richtet sich in erster Linie gegen die Sache, das persönliche Verhältnis des Besitzers zum Eigentümer ist nicht mehr Hauptinhalt des Rechts, sondern lediglich Voraussetzung für seinen Bestand, wie dies z. B. auch beim Pfandrecht der Fall ist. Bei dem Forderungsrecht kommt in erster Linie die persönliche Richtung gegen den Schuldner in Frage, sie löst erst als Folgeerscheinung

[33]) Vgl. Enneccerus, I, 1, § 72, III. u. I, 2, § 255; v. Tuhr, I, § 6, S. 140 ff. u. A.

die Möglichkeit des Zugriffs in dessen Vermögen oder einzelne Vermögensstücke aus. Das zweite Haupterfordernis des Obligationenrechts ist die Verpflichtung des Schuldners zu einem Tun oder Unterlassen. Welche Pflichten liegen nun dem Eigentümer ob, wenn er die ihm vom Besitzer gemäß § 1003 BGB. gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen? Zu einem Tun, einer positiven Leistung, ist er nicht mehr verpflichtet, sie ist abgelöst durch das Befriedigungsrecht des Besitzers, er hat sich lediglich jeden Eingriffs in dessen Recht zur Herrschaft über die Sache und deren Verwertung zu enthalten. Diese Unterlassungspflicht ist aber nicht nur in den Obligationen begründet, deren Inhalt eine Unterlassungspflicht darstellt. Sie ist auch ein wesentliches Merkmal aller dinglichen Rechte, kraft deren der Berechtigte von jedem Dritten verlangen kann, daß er in seinem Rechte nicht gestört, ihm dieses auch nicht entzogen werde. Während aber bei den Unterlassungsobligationen die Unterlassung der einzige Hauptinhalt ist, tritt an deren Seite bei allen dinglichen Herrschaftsrechten ein positives Moment: die Herrschaft über die Sache.

Das Befriedigungsrecht setzt für seine Existenz ein Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer voraus [34]) und löst als Folgeerscheinung seines Inhalts, nämlich der Herrschaft über die Sache, eine Unterlassungspflicht aus. Es enthält aber kein Forderungsrecht gegen den Eigentümer, noch ist der Anspruch auf Unterlassung gegen denselben alleiniger Hauptinhalt des Befriedigungsrechts. Dessen Hauptziel ist vielmehr auf die Verwertung der Sache gerichtet. Mit dieser Erkenntnis ist überhaupt jede Möglichkeit ausgeschlossen, das Befriedigungsrecht als obligatorisches Recht anzusehen, und wir müssen insoweit der dinglichen Theorie beistimmen [35]).

[34]) Vgl. oben S. 41. [35]) Vgl. S. 29 unter 2.

Es verbleiben demnach nur noch zwei Möglichkeiten: Entweder ist das Befriedigungsrecht ein dingliches Recht, oder es ist ein völlig selbständiges Herrschaftsrecht, das ganz aus dem Rahmen der sonstigen Herrschaftsrechte herausfällt. Zunächst seien die Merkmale der dinglichen Rechte in die Betrachtung gezogen.

Die dinglichen Rechte oder, wie das BGB. sie bezeichnet, „Rechte an einer Sache" oder „Sachenrechte", geben dem Berechtigten, wie schon der Name sagt, eine Herrschaft in weitgehendem oder einem in verschiedener Weise beschränkten Maße an der Sache, sie beziehen sich unmittelbar auf eine Sache. Sie lassen sich im ganzen in zwei Kategorien: die dinglichen Herrschaftsrechte und die dinglichen Erwerbsberechtigungen[36]) einteilen. Zu den letzteren gehören die Rechte des Pfänders (§ 965 ff.), des Grundeigentümers, Wurzeln und Zweige, die vom Nachbargrundstück überragen, abzuschneiden und zu behalten (§ 910) u. a. Die meisten Erwerbsberechtigungen finden sich jedoch im Landesrecht, so das Jagdrecht, Fischereirecht, Bergrecht und viele andere. Die dinglichen Erwerbsberechtigungen können wir in dieser Abhandlung völlig unbeachtet lassen, hier können nur die dinglichen Herrschaftsrechte interessieren, da das Befriedigungsrecht nicht auf einen Erwerb der Sache, sondern auf deren Verwertung zum Zwecke der Befriedigung gerichtet ist. Etwas Gleichartiges gewährt das Pfandrecht, darum sei dies hier besonders berücksichtigt und erörtert, worin das Wesen seiner Dinglichkeit liegt, und ob es Unterschiede zum Befriedigungsrecht des § 1003 aufweist.

An Pfandrechten unterscheidet das Gesetz die Grundpfandrechte (Hypothek, Grund- und Rentenschuld) und die

---

[36]) Diese Einteilung ist im Anschluß an Enneccerus, I, 1, § 72, gewählt; v. Tuhr bezeichnet diese Rechte als „Aneignungsrechte", vgl. a. a. O., § 8.

Pfandrechte an beweglichen Sachen und Rechten. Alle Arten haben den einen Rechtsgedanken: die Sache haftet dem Berechtigten für seine Forderung. Der Inhalt des Pfandrechts besteht wesentlich in der Befugnis, die Sache zu veräußern und aus ihr eine Geldsumme zu erlangen, aus der die Forderung beglichen wird. Das Pfandrecht ist in diesem Falle akzessorisch, d. h. es liegt dem Recht auf Verwertung der Sache eine persönliche Forderung gegen den Eigentümer zugrunde. Neben dieser Möglichkeit gibt es noch die, daß das Verwertungsrecht von einer Forderung unabhängig ist, wie bei der Grundschuld, dies dürfte als die reinste Form des Pfandrechts als einem dinglichen Rechte zu bezeichnen sein, doch wird den übrigen Pfandrechten die Dinglichkeit nicht dadurch genommen, daß sie von einer Forderung abhängen, denn der Inhalt geht trotzdem nicht auf seine Leistung, sondern auf Verwertung. Dies ist heute allgemein anerkannt[37]). Die Dinglichkeit des Pfandrechts zeigt sich besonders auch in der Möglichkeit des Zugriffs, die vom Willen des Eigentümers völlig unabhängig ist, und in der Richtung gegen Dritte, denen die mit dem Pfandrecht behaftete Sache unrechtmäßig in die Hände kommt (§ 1227 BGB.)

Welche Befugnisse verleiht nun das Gesetz dem Befriedigungsberechtigten im § 1003? Die Antwort gibt das Gesetz selbst: Er ist berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen. Darin liegen folgende Befugnisse:

1. Der Besitzer kann jeden Dritten, selbst den Eigentümer, von der Einwirkung auf die Sache ausschließen,

[37]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O., § 6, S. 135 ff. u. § 11, S. 207; Wolff, a. a. O., § 129; v. Gierke, a. a. O., § 54, V.

2. er kann die Sache veräußern, um den Gelderlös für seinen persönlichen Anspruch zu verwenden,
3. sein Anspruch aus dem Befriedigungsrecht geht nicht mehr auf eine Leistung seitens des Gläubigers, — womit die Möglichkeit eines obligatorischen Rechts ausgeschlossen ist — er richtet sich vielmehr auf die Sache selbst; der Besitzer hat also die Möglichkeit des sofortigen Zugriffs, die gelöst ist vom Willen des Eigentümers.

Diese Befugnisse, die das Befriedigungsrecht dem Besitzer gewährt, enthält auch das Pfandrecht. Darüber hinaus gewährt dies jedoch — wie wir vorhin sahen — dem Berechtigten die Möglichkeit ebenso wie einem Eigentümer, die Sache von einem nichtberechtigten Dritten, der den Besitz dem Berechtigten entzogen hat, herauszuverlangen. Zwar steht auch der Befriedigungsberechtigte einer unerlaubten Entziehung der Sache nicht machtlos gegenüber, doch nicht auf Grund seines Befriedigungsrechts, sondern auf Grund seines Besitzes. Als solcher genießt er den Besitzschutz. In diesem letzten Punkt unterscheidet sich also das Befriedigungsrecht vom Pfandrecht, da diesem vom Gesetz abgesehen vom Besitzschutz ein selbständiger Schutz gewährt ist. Nur diese Befugnis des Befriedigungsberechtigten entspringt der Tatsache seines Besitzes. Alle anderen Befugnisse sind ihm durchaus selbständig vom Gesetz verliehen.

Mit dieser Erkenntnis ist die Antwort gegeben. Das Befriedigungsrecht des § 1003 ist ein Recht, das sich inhaltlich weder völlig mit dem Pfandrecht, noch auch mit dem Besitz deckt: es ist ein besonderes, neben den sonstigen dinglichen Rechten ausgestaltetes dingliches Herrschaftsrecht.

Wenn der Gesetzgeber eine dingliche Ausgestaltung des Befriedigungsrechts auch nicht beabsichtigt hat, so ist dies kein Grund, für das geltende Recht das Befriedigungsrecht

als obligatorisch anzusehen. Wir haben erkannt, daß der Inhalt des Befriedigungsrechts durchaus dinglich ist, und da der Gesetzgeber anders als im Handelsrecht [38]) die obligatorische Natur desselben für das geltende Recht nicht festgelegt hat, so stehen dieser Erkenntnis keinerlei Bedenken gegenüber [39]).

Obwohl das Befriedigungsrecht des § 1003 dinglicher Natur ist, wird die gesamte Stellung des Besitzers — anders wie im Handelsrecht — bedeutend dadurch geschwächt, daß neben der Sachhaftung die Vermögenshaftung des Eigentümers mit der Entstehung des Befriedigungsrechts in Fortfall kommt. Diese Schwächung vermag an der dinglichen Natur des Rechts jedoch nichts zu ändern, oder es gar zu einem obligatorischen zu stempeln, wie dies die obligatorische Theorie will [40]). Sie bedeutet eine Beschränkung, wie sie in anderer Art uns bei den meisten anderen dinglichen Rechten durchaus geläufig ist.

Da die Befriedigungsbefugnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sich inhaltlich mit dem Befriedigungsrecht im § 1003 deckt, so haben wir es auch dort mit einer dinglich ausgestalteten Befugnis zu tun, die es de lege ferenda empfiehlt, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht den Sachenrechten einzugliedern.

§ 5. Die Ausübung des Befriedigungsrechts.

Bei der Besprechung der juristischen Struktur des Befriedigungsrechts waren bereits die Unterschiede klar geworden, die sich in der Ausübung des Befriedigungsrechts ergeben,

[38]) Vgl. § 369, Abs. 2 HGB.

[39]) Daß die von der herrschenden Meinung vorgebrachten Argumente nicht ausreichen, diese Ansicht zu widerlegen, wurde bereits bei deren Besprechung erörtert.

[40]) Vgl. S. 30 3).

wenn dies als dingliches oder als obligatorisches Recht betrachtet wird. An dieser Stelle erübrigt es sich darum, noch einmal auf die Auswirkungen des Befriedigungsrechts mit Rücksicht auf seine dingliche Natur einzugehen, die sich besonders in der Zwangsversteigerung und im Konkurse ergeben. An dieser Stelle soll nur auf die Bestimmungen des Pfandrechts eingegangen werden, die bei beweglichen Sachen zur Anwendung zu kommen haben. Bei der Verwertung von Grundstücken zum Zwecke der Durchführung des Befriedigungsrechts bedarf es zudem der für die Praxis wichtigen Erörterung zweier Fragen, ob die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig, und ob für die Durchführung der Zwangsvollstreckung in Grundstücke ein vollstreckbarer Titel erforderlich ist.

I. Die Ausübung des Befriedigungsrechts erfolgt bei beweglichen Sachen „nach den Vorschriften über den Pfandverkauf". Es kommen demnach nicht alle Vorschriften des 9. Abschnitts im 3. Buch des BGB. zur Anwendung, sondern nur diejenigen, die sich mit der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande befassen, das sind die §§ 1235 bis 1240 BGB. Zwar sagt § 1233: „Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234—1240 zu bewirken, doch kommt § 1234 beim Verkauf der Sachen nach § 1233 BGB. nicht zur Anwendung. Zunächst ist eine Androhung des Besitzers nicht erforderlich, und außerdem braucht er mit dem Verkauf nicht einen Monat zu warten. § 1003 verlangt nur, daß der Besitzer den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordert, sich zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Ist die Frist verstrichen, ohne daß der Eigentümer etwas von sich hat hören lassen, so kann der Besitzer sofort zum Verkauf der Sache schreiten, ohne daß er dann noch wieder den Verkauf anzudrohen braucht. Aus der Aufforderung

selbst kann der Eigentümer in Verbindung mit § 1003 BGB. die Berechtigung des Besitzers zum Verkauf der Sache nach Ablauf der Frist entnehmen. Man könnte der Ansicht sein, es müsse, wenn auch nicht nach Ablauf der Frist mehr angedroht zu werden brauchte, die Androhung wenigstens mit der Aufforderung zusammen zu erfolgen haben. Dies ist sicherlich zweckmäßig, aber nicht notwendig erforderlich. Der Wortlaut des § 1003 BGB. ist vielmehr so auszulegen, daß die Aufforderung lediglich mit der Androhung in Parallele zu setzen ist. Während im § 1234 das Gesetz die Frist von sich aus auf einen Monat festsetzt, ist die Fristsetzung im § 1003 dem Besitzer überlassen.

Die Verwertung der Sache selbst zum Zwecke der Befriedigung erfolgt im Wege des durch den Besitzer zu betreibenden Privatverkaufs. Eine Mitwirkung der in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Vollstreckungsorgane bedarf es nicht. Entsprechend § 383 Abs. 3 BGB. hat der Verkauf aber im Wege der öffentlichen Versteigerung stattzufinden, d. h. mit der Versteigerung ist entweder ein für den Versteigerungsort bestellter Gerichtsvollzieher oder ein sonstiger zu Versteigerungen befugter Beamter, bezw. ein öffentlich angestellter Versteigerer zu betrauen. Das Gesetz hat diesen Weg gewählt, um eine Verwertung zu gewährleisten, die auch den Interessen des Eigentümers entspricht. Die Zuverlässigkeit und Unparteilichkeit dieser Personen ist durch ihre Beamteneigenschaft bezw. durch die zu diesem Zwecke erfolgte Beeidigung gewährleistet. In einem Ausnahmefall ist die Form der öffentlichen Versteigerung nicht erforderlich, wenn nämlich das Befriedigungsobjekt einen Börsen- oder Marktpreis hat. In diesem Fall ist der freihändige Verkauf durch eine Person, die zur öffentlichen Versteigerung befugt ist, zum laufenden Preise zulässig (§§ 1235, Abs. 2, 1221 BGB.).

Außer den im § 1233 genannten Paragraphen (mit Ausschluß des § 1234) kommt noch der § 1241 zur Anwendung. Der Besitzer hat den Eigentümer von dem erfolgten Verkauf zu benachrichtigen. Es ist selbstverständlich, daß er dem Eigentümer eine Abrechnung erstatten muß. Dieser muß davon in Kenntnis gesetzt werden, ob der Besitzer mit dem Erlös seine Forderung decken kann, oder ob ein Ueberschuß erzielt ist, da dieser dem Eigentümer zurückzuerstatten wäre. Dieser Gesichtspunkt ist für den Pfandschuldner maßgebend, und er ist auch ebenso wichtig für den Eigentümer, so daß keinerlei Bedenken bestehen, auch den § 1241 BGB. anzuwenden. Auf den ersten Blick erscheint es zweifelhaft, ob auch § 1246 noch zur Anwendung gebracht werden kann. Dies muß aus folgendem Grunde bejaht werden. Der Besitzer hat keine Forderung mehr an den Eigentümer, wenn der aus dem Verkauf der Sache erzielte Erlös zur Deckung seiner Verwendungen nicht ausreicht, selbst dann nicht, wenn der Eigentümer selbst der Ersteher ist[41]). Daher, könnte man zunächst meinen, wird der Besitzer ein großes Interesse an einem möglichst vorteilhaften Verkauf der Sache haben, so daß die Anwendung des § 1246 völlig überflüssig ist. Dies ist aber nicht so, denn es können beim Besitzer Fälle eintreten, in denen es ihm gleichgültig ist, ob ein vorteilhafter Verkauf zustande kommt. Wenn z. B. der Besitzer einen Verwendungsanspruch aus einer geringfügigen Reparatur bei einer hochwertigen Sache hat, so liegt ihm gar nichts daran, ob die Sache billig oder teuer verkauft wird, sein Anspruch wird immer befriedigt. Dem Eigentümer liegt an einem günstigen Verkauf aber sehr viel, denn den überschießenden Betrag erhält er zurück. Daher entspricht es

[41]) Vgl. Eckels, a. a. O., S. 230; Staudinger, zu § 1003, Anm. 2a, γ; Biermann zu § 1003, Anm. 1b; Planck zu § 1003, Anm. 3c; RGR.-Kommentar, Anm. 1a. E.

nur der Billigkeit, wenn außer den §§ 1235—1241 auch noch der § 1246 BGB. in Verbindung mit § 1003 BGB. zur Anwendung kommt.

II. 1. Bei Grundstücken erfolgt die Befriedigung des Besitzers wegen seiner Verwendungen nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Damit verweist das Gesetz im § 1003 BGB. auf die §§ 864 bis 971 ZPO. in Verbindung mit dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. § 866 kennt außer der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung noch die Eintragung einer Sicherungshypothek. Die Wissenschaft ist in diesem Punkt geteilter Ansicht [42]). Diejenigen Schriftsteller, die die Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek verwerfen, tun dies aus verschiedenen Gründen. Die eine Gruppe [43]) hält dies Verlangen des Besitzers nach Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund seines Befriedigungsrechts deshalb nicht für möglich, weil sie kein Mittel zur Befriedigung aus dem Grundstück sei. Dieser Argumentation kann jedoch nicht beigepflichtet werden, denn die Zwangsvollstreckung ist ein Verfahren, das die Verwirklichung des Anspruchs eines Gläubigers, also dessen Befriedigung im Auge hat. Zu diesem Zweck gewährt ihm das Gesetz neben der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung die Möglichkeit, eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen. Diese Zwangshypothek ist weiter nichts als ein Vorläufer der endgültigen Befriedigung des Gläubigers. Es ist darum nicht einzusehen, weshalb sich der Befriedigungsberechtigte nicht auch dieses Mittels bedienen könnte. Beachtenswerter ist der Einwand, den die andere Gruppe von

[42]) Dagegen Planck zu § 1003, Anm. 3b; RGR.-Komm. zu § 1003, Anm. 2; Kretzschmar zu § 1003, Anm. 7; Biermann zu § 1003, Anm. 1b u. A.; dafür Staudinger zu § 1003, Anm. 2 β und die herrschende Ansicht.

[43]) So Planck, a. a. O., Anm. 3b.

Schriftstellern [44]) gegen die Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek macht. Sie argumentiert so: Durch die Eintragung einer Sicherungshypothek würde für den Befriedigungsberechtigten eine Forderung, die notwendig mit ihr verbunden ist, ins Leben gerufen werden, für die der Eigentümer außer mit dem Grundstück selbst, auf das die Verwendungen gemacht sind, mit seinem ganzen Vermögen haften würde. Diese Haftung ist mit dem Befriedigungsrecht völlig unvereinbar, da dies lediglich auf die Verwertung der Sache, nicht aber gegen das übrige Vermögen gerichtet ist.

Die hier vertretene Auffassung lehnt das Vorhandensein eines obligatorischen Anspruchs schlechthin ab. Nur das Befriedigungsrecht ist da. Würde dieses in der Zwangsvollstreckung durch eine Sicherungshypothek durchgesetzt werden können, so würde auch bei der hier vertretenen Auffassung die Sicherungshypothek die ihr zur Basis dienende Forderung zur Folge haben, was dem Ausgangspunkt unserer Konstruktion widerspricht. In Ermangelung einer Sicherungsgrundschuld im geltenden Recht ist darum die Befriedigung des Besitzers auf diesem Weg nicht möglich.

2. Für die Praxis ist es weiterhin von Wichtigkeit zu erfahren, ob der § 1003 BGB. für die Durchführung der Zwangsvollstreckung die Voraussetzungen schafft, oder ob für diese ein besonderer vollstreckbarer Titel erforderlich ist [45]). Bei beweglichen Sachen haben wir vorhin bereits gesehen, sind für den Verkauf der Sache keine weiteren Erfordernisse verlangt, insbesondere nicht die aus § 1234 BGB. Man könnte nun der Ansicht sein, daß wie bei den beweglichen Sachen auch bei Grundstücken alle Voraussetzungen durch den § 1003 selbst geschaffen werden, so

[44]) So Biermann, a. a. O., Anm. 1b; der RGR.-Kommentar, a. a. O., Anm. 2, verbindet beide Gründe miteinander.

[45]) § 16 ZwVG. verlangt, daß der Antrag einen vollstreckbaren Titel bezeichne.

daß ein besonderer vollstreckbarer Titel nicht mehr erforderlich ist[46]). Würde diese Ansicht richtig sein, so brauchte der Besitzer nur nachzuweisen, daß er den Eigentümer aufgefordert, ihm eine angemessene Frist zur Erklärung gesetzt habe, und diese fruchtlos verstrichen sei. Er würde also im Gegensatz zu allen anderen Gläubigern mit wesentlich stärkerem Rechte, wie z. B. den Hypothekengläubigern, auf höchst einfache Weise seinen Anspruch verwirklichen können. Eine derartige Bevorzugung ist mit derjenigen ihm vom Gesetz eingeräumten Stellung nicht vereinbar. Auch hier, wie in allen anderen Fällen, muß der Besitzer auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen und erst, wenn er mit der Klage durchdringt, ist die Voraussetzung für die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung geschaffen[47]).

Diese Lösung erfüllt allein die von der Praxis zu stellenden Forderungen. Der Vollstreckungsrichter prüft, da § 16 ZwVG. verlangt, daß der Antrag einen vollstreckbaren Titel bezeichnet, ob ein solcher vorliegt. Kann dieser nicht beigebracht werden, so ist er nach dem Gesetz nicht nur berechtigt, sondern als gewissenhafter Richter verpflichtet, den Antrag abzulehnen. Er ist nicht befugt, auf Grund mündlicher Erklärungen der Parteien, dem Antrag stattzugeben. Damit schwebt aber die Ansicht derjenigen, die einen vollstreckbaren Titel nicht für erforderlich halten, völlig in der Luft. Der Besitzer hätte ein Recht, das er nicht verwirklichen könnte! — „Ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet!“[48]) —

[46]) Diese Ansicht vertritt Kretzschmar im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XII, S. 651 ff., und zu § 1003, Anm. 4; ebenso auch Florey in Neumanns Jahrb., Bd. IV, S. 342, im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht, S. 102 ff.

[47]) Derselben Ansicht Staudinger zu § 1003, Anm. 2a, α; Planck zu § 1003, Anm. 3; Neumann zu § 1003, Anm. 4; Eckels, a. a. O., S. 223; Biermann zu § 1003, Anm. 1d.

[48]) Ihering, a. a. O., S. 331.

Auf Grund des § 1003 ist die Stellung des Besitzers während des Prozesses allerdings insofern günstig, als eine Bestreitung seines Anspruchs dem Eigentümer jetzt nicht mehr möglich ist, und der Besitzer lediglich nachzuweisen braucht, daß die Voraussetzungen des § 1003 vorliegen. Dies ist die einzige, dem Besitzer vom § 1003 zugestandene, aber wesentliche Erleichterung.

Fassen wir kurz das Ergebnis dieses Paragraphen mit der Betrachtung der Behandlung des Befriedigungsrechts in der Zwangsversteigerung zusammen, so läßt sich sagen: bei Grundstücken muß der Besitzer sich einen vollstreckbaren Titel durch Klage gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung verschaffen. Hat er diesen erlangt, so erreicht er seine Befriedigung durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung und steht in der vierten Rangklasse. Die im § 866 Abs. 1 1. Halbsatz ZPO. vorgesehene Eintragung einer Sicherungshypothek ist entsprechend dem dinglichen Charakter des Befriedigungsrechts zulässig.

§ 6. Der Absatz 2 des § 1003.

Während der Absatz 1 des § 1003 BGB. seine Folgerungen auf der Voraussetzung aufbaut, daß der Eigentümer die ihm in der Aufforderung vom Besitzer gesetzte Frist verstreichen läßt, ohne sich über den Verwendungsanspruch zu äußern, geht Abs. 2 des Paragraphen davon aus, daß der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablauf der Frist bestreitet. Er knüpft hieran die Folge, daß der Besitzer sich aus der Sache erst dann befriedigen kann, „wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrages der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist ver-

strichen ist.“ Auch hier ist, wie im Abs. 1 das Recht auf Befriedigung dann ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß der Besitzer also bei Bestreitung der Rechtmäßigkeit oder Höhe seines Verwendungsanspruches zunächst gegen den Eigentümer auf Feststellung des Betrages der Verwendungen klagen. Ist er mit dieser Klage durchgedrungen, so hat er den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufzufordern, ob er die Verwendungen genehmigen will. Genehmigt der Eigentümer diese innerhalb einer angemessenen Frist nicht oder schweigt er, so ist wieder die Voraussetzung für den § 1003 Abs. 1, Satz 2 geschaffen. Während nun bei beweglichen Sachen der Besitzer ohne weiteres zum Verkauf der Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf schreiten kann, muß er bei Grundstücken, wie vorhin dargelegt wurde, erst auf Duldung der Zwangsvollstreckung klagen, um den für diese erforderlichen vollstreckbaren Titel zu erlangen. Dies Verfahren ist sehr umständlich und verzögert die Verwirklichung des Anspruchs ganz erheblich, denn die Prozesse können sich heute bei der starken Belastung der Gerichte eine längere Zeit hinziehen. Für den Besitzer wäre sehr viel gewonnen, wenn er beide Prozesse miteinander derart verbinden könnte, daß er auf Grund des Urteils sich nach Ablauf der Frist sofort eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen lassen könnte. Die Verbindung der Klagen stößt aber insofern auf eine gewisse Schwierigkeit, als die ZPO. grundsätzlich Klagen auf künftige Leistung nicht zuläßt, nur in drei Fällen sind solche gestattet, die in den §§ 257—259 ZPO. aufgezählt sind. Die Fälle der §§ 257 und 258 kommen hier nicht zur Anwendung. Es kann sich nur um den § 259 handeln, der die Klage an die Voraussetzungen knüpft, daß „den Um-

ständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

Wenn der Eigentümer den Anspruch des Besitzers bestreitet, so tut er dies in vielen Fällen, weil er ihn überhaupt für ungerechtfertigt hält und zur Zahlung nicht bereit ist, meistens aber sicher nur deswegen, weil ihm die vom Besitzer geforderte Summe zu hoch erscheint. Die Motive können durchaus verschieden sein. Daraus geht schon hervor, daß in einem Fall wirklich die Besorgnis zur Zeit der Erhebung der ersten Klage besteht, der Eigentümer werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, im anderen Falle diese Besorgnis aber nicht besteht. Eine feste Grenze läßt sich jedenfalls nicht ziehen, denn das Wort „Besorgnis" drückt nicht eine feststehende Tatsache aus, sondern ist ein schwankender Begriff. Während der eine schon beim entferntesten Anzeichen, der Eigentümer könne womöglich nicht rechtzeitig leisten, ernstlich besorgt ist, taucht diese Sorge im Gefühl des Andern erst auf, wenn der Eigentümer sich weigert, den Anspruch anzuerkennen. Man kann sagen, daß begründete Besorgnis, der Eigentümer werde nicht rechtzeitig leisten, stets dann besteht, wenn er von vornherein sich weigert, den ganzen Anspruch anzuerkennen. Erscheint ihm hingegen nur die Höhe der Forderung unangemessen, so ist eine Besorgnis durchaus nicht immer gegeben. Er mag sich gerade sagen: das Gericht als unparteiische Instanz soll über die Höhe entscheiden; die von diesem festgesetzte Summe werde ich natürlich anstandslos bezahlen.

Es ist also nicht richtig, wie dies die herrschende Meinung will, zu sagen: dadurch allein, daß der Eigentümer bestreitet, besteht die Besorgnis, er werde nicht rechtzeitig zahlen, und damit auf § 249 ZPO. die Möglichkeit der Klagenverbindung stützt[49]). Es ist vielmehr vom Besitzer

[49]) Die Klagenverbindung soll stets gestattet sein nach An-

als Kläger der Beweis zu erbringen, daß durch das Verhalten des Eigentümers die Besorgnis begründet ist, er werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Das Gericht hat dann im Wege freier Beweiswürdigung zu prüfen, ob die Besorgnis mit Recht vorliegt. Es hat ein Vorliegen derselben anzunehmen, wenn im gegebenen Falle ein Durchschnittsmensch besorgt sein würde. Gelingt es dem Besitzer nicht, den Beweis zu führen, so ist er insoweit mit der Klage abzuweisen, als sein Antrag über die einfache Feststellung des geforderten Betrages hinausgeht. Wird der Beweis erbracht, so ist die Klagenverbindung gegeben und der Klage ist stattzugeben.

Wesentlich ist die richtige Formulierung der Klage, die so zu erfolgen hat, daß beantragt wird

1. festzustellen, daß dem Kläger A gegen den Beklagten B ein Ersatzanspruch wegen Verwendungen auf das im Grundbuch usw. eingetragene Grundstück in Höhe von X Reichsmark zusteht,
2. Im Urteil eine angemessene Frist zu bestimmen, binnen deren sich der Beklagte zu erklären hat, ob er die Verwendungen genehmige, und
3. den Beklagten für den Fall des fruchtlosen Ablaufes der Frist zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das im Grundbuch usw. eingetragene Grundstück wegen des im Urteil festgestellten Betrages zu dulden [50]).

sicht von Eckels, S. 233; RGR.-Komm. zu § 1003, Anm. 3; Florey in Neumanns Jahrb. 1906, S. 341 ff.; Wolff, a. a. O., § 85, V, 3 und die herrschende Meinung. Entgegengesetzter Ansicht Staudinger zu § 1003, Anm. 2 a, α; RGZ., Bd. 71, S. 429.

[50]) Eine ähnliche Formulierung wählen Eckels, S. 233 und RGR.-Komm. zu § 1003, Anm. 3. Der Antrag würde nach der von Florey in Neumanns Jahrb. 1906, S. 341 ff., vorgeschlagenen Fassung zu lauten haben: Der Eigentümer wird verurteilt, 1. anzuerkennen, daß dem Kläger der Verwendungsanspruch in bestimmter Höhe zustehe; 2. wegen dieses Anspruches die

Nach Ablauf der Frist kann sich der Kläger dann die Vollstreckungsklausel erteilen lassen.

Hat der Kläger den Beweis nicht erbracht, daß die Besorgnis besteht, der Beklagte werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, so ist er mit dem Antrag zu 2. und 3. abzuweisen. Er muß in diesem Falle von sich aus außerhalb des Prozesses den Eigentümer zur Genehmigung unter Setzung einer angemessenen Frist auffordern. Ist diese verstrichen, so ist von ihm ein zweiter Prozeß auf Duldung der Zwangsvollstreckung anzustrengen.

Zwangsvollstreckung zu dulden, wenn nicht binnen einer nach Rechtskraft des Urteils vom Kläger zu bestimmenden angemessenen Frist die Genehmigung der Verwendungen erfolge; 3. an Kläger den Ersatzbetrag in festgestellter Höhe zu zahlen, falls die Genehmigung rechtzeitig erklärt werde.

Diese Fassung ist insofern bedenklich, als bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel erst geprüft werden müßte, ob eine Frist gesetzt und ob diese angemessen ist.

III. Abschnitt.

§ 7. Schlussbetrachtung.

Als Ergebnis der vorstehenden Abhandlung läßt sich kurz zusammengefaßt faststellen:

I. Das Gesetz gewährt für Aufwendungen, die erforderlich sind, um eine Sache in ihrem Bestand zu erhalten, einen vollen Ersatzanspruch; es gibt für Aufwendungen, die den Wert der Sache erhöhen, nur unter der Voraussetzung einen Anspruch, daß diese vor der Rechtshängigkeit oder vor dem Beginn der Bösgläubigkeit gemacht sind. Alle anderen Verwendungen des Besitzers werden nicht berücksichtigt.

II. Dem Besitzer gibt das Gesetz für seinen Verwendungsanspruch drei Arten der Geltendmachung an die Hand:

1. das obligatorische Zurückbehaltungsrecht im § 1000 BGB.,
2. ein beschränktes Klagrecht in den §§ 1001, 1002 BGB.,
3. ein dingliches Befriedigungsrecht im § 1003.

Der Inhalt des Befriedigungsrechts besteht nicht in einem Tun oder Unterlassen, wie dies ein Forderungsrecht nach § 241 BGB. voraussetzt, es ist nur ein unklagbarer persönlicher Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer Voraussetzung für seine Existenz. Als Folgeerscheinung seines Inhaltes, der in erster Linie eine Herrschaft über die Sache darstellt, löst es eine Unterlassungspflicht aus. Diese Unterlassungspflicht ist aber nicht nur in den Obligationen begründet, deren Inhalt eine Unterlassungspflicht darstellt. Sie ist auch ein wesentliches Merkmal aller dinglichen Rechte, kraft deren der Berechtigte von jedem Dritten verlangen

kann, daß er in seinem Rechte nicht gestört, ihm dieses auch nicht entzogen werde. Während also bei den Unterlassungsobligationen die Unterlassung der einzige Hauptinhalt ist, tritt an deren Seite bei allen dinglichen Herrschaftsrechten ein positives Moment: die Herrschaft über die Sache. Das Befriedigungsrecht enthält neben dem Unterlassungsanspruch gegen den Eigentümer auch dies positive Recht. Damit ist jede Möglichkeit ausgeschlossen, das Befriedigungsrecht als ein obligatorisches Recht zu konstruieren. Den Inhalt des Befriedigungsrechts bilden drei Befugnisse:

1. der Besitzer kann jeden Dritten, selbst den Eigentümer von der Einwirkung auf die Sache ausschließen,
2. er kann die Sache veräußern, um den Gelderlös für seinen persönlichen Anspruch zu verwenden,
3. sein Anspruch aus dem Befriedigungsrecht geht nicht mehr auf eine Leistung seitens des Gläubigers, er richtet sich vielmehr auf die Sache selbst; der Besitzer hat also die Möglichkeit des sofortigen Zugriffs, die gelöst ist vom Willen des Eigentümers.

Diese Befugnisse kehren inhaltlich im Pfandrecht wieder. Darüber hinaus gewährt dies jedoch dem Berechtigten die Möglichkeit, die Sache von einem nichtberechtigten Dritten, der den Besitz dem Berechtigten entzogen hat, herauszuverlangen. Diese Befugnis hat der Befriedigungsberechtigte nicht auf Grund des ihm im § 1003 gegebenen Rechts, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als Besitzer der Sache. Der Besitztatsache entspringt jedoch nur diese Befugnis des Befriedigungsberechtigten, während alle anderen Befugnisse, insbesondere das Herrschaftsrecht, ihm unabhängig vom Besitz auf Grund seines Befriedigungsrechts verliehen sind. Das Befriedigungsrecht ist also ein besonderes, neben den sonstigen dinglichen Rechten ausgestaltetes beschränktes dingliches Herrschaftsrecht.

III. Für die Geltendmachung des Befriedigungsrechtes wird vorausgesetzt, daß eine Aufforderung seitens des Besitzers erfolgt. Juristisch handelt es sich bei diesem Begriff um eine positive, rechtlich bedeutsame Willenserklärung, deren Wirkung ex lege eintritt, und die voraussetzt, daß der Aufforderungsgegner von ihr Kenntnis erlangt hat, d. h. die Aufforderung ist eine Willensmitteilung. Zwischen der Aufforderung und dem Ablauf der Frist ist die Rechtsstellung des Besitzers nicht die einer Anwartschaft, sondern nur die einer tatsächlichen Erwartung.

IV. Bei beweglichen Sachen kommen für die Durchsetzung des Befriedigungsanspruchs die §§ 1235—1240, darüber hinaus noch die §§ 1241 und 1246, nicht aber § 1234 BGB. zur Anwendung.

V. Bei Grundstücken muß der Besitzer sich einen vollstreckbaren Titel durch Klage gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung verschaffen. Hat er diesen erlangt, so erreicht er seine Befriedigung durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung und steht in der vierten Rangklasse des § 10 ZwVG. Die im § 866 Abs. 1 1. Halbsatz ZPO. vorgesehene Eintragung einer Sicherungshypothek ist nicht zulässig, da durch deren Eintragung eine notwendig mit ihr verbundene Forderung ins Leben gerufen würde, für die der Eigentümer auch über den Wert des Grundstückes hinaus mit seinem ganzen Vermögen haften würde, was mit der auf die Sache beschränkten Haftung auf Grund des Befriedigungsrechts unvereinbar ist.

VI. Bestreitet der Eigentümer den Anspruch des Besitzers, so lassen sich die für die Befriedigung aus einem Grundstück erforderlichen beiden Klagen nur dann verbinden, wenn der Kläger (Besitzer) im Prozeß beweist, daß die Voraussetzungen des § 259 ZPO. vorliegen.

Lebenslauf.

Am 21. März 1899 wurde ich, Ernst Adolf Heinrich Emil Max Baltzer, als Sohn des Betriebsinspektors der Ritterschaftlichen Brandversicherungsgesellschaft August Baltzer und seiner verstorbenen Ehefrau Luise, geb. Schlottmann, zu Rostock geboren. Nach dreijährigem Besuch einer privaten Vorschule trat ich Ostern 1908 zum Realgymnasium in Rostock über, das ich im Mai 1917 mit dem Kriegsreifezeugnis verließ, um mich dem Heeresdienst beim Füsilier-Regiment Nr. 90 Kaiser Wilhelm zu widmen, bei dem ich am Weltkriege teilnahm. Im März 1919 wurde ich aus dem Heeresdienst entlassen, nachdem mir noch im Oktober 1918 das Eiserne Kreuz verliehen war. Ich wandte mich zunächst in Rostock und Göttingen dem Studium der neueren Sprachen, der Geschichte und Philosophie zu. Im Winter-Semester 1921/22 trat ich zur juristischen Fakultät über und bestand am 2. März 1926 meine erste juristische Staatsprüfung.